

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

KALINE RIZZATTI BARROS

COBERTURA DE TRATAMENTO MÉDICO NO EXTERIOR PELO ESTADO: ANÁLISE
DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FLORIANÓPOLIS

2017

KALINE RIZZATTI BARROS

COBERTURA DE TRATAMENTO MÉDICO NO EXTERIOR PELO ESTADO: ANÁLISE
DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
junto ao curso de graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina –
UFSC, na área de Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. João dos Passos Martins Neto

FLORIANÓPOLIS

2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DE MONOGRAFIA

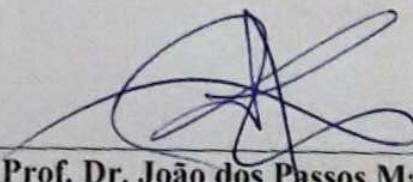
ATA DE SESSÃO DE DEFESA DE TCC

Aos **oito** dias do mês de **junho** do ano de 2017, às **10** horas, na Sala **111** do CCJ, foi realizada a defesa pública do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) intitulado "**Cobertura de Tratamento Médico no Exterior pelo Estado: Análise da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**", elaborado pela acadêmica **Kaline Rizzatti Barros**, matrícula **13200068**, composta pelos membros **Prof. Dr. João dos Passos Martins Neto**, **Prof. Msc. Bernardo Wildi Lins** e **Prof. Dr. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto**, abaixo assinados, obteve a aprovação com nota **10** (**DEZ**), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

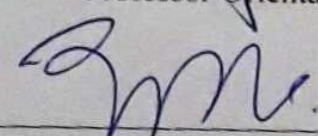
☒ Aprovação Integral

☐ Aprovação Condicionada aos seguintes reparos, sob fiscalização do Prof. Orientador

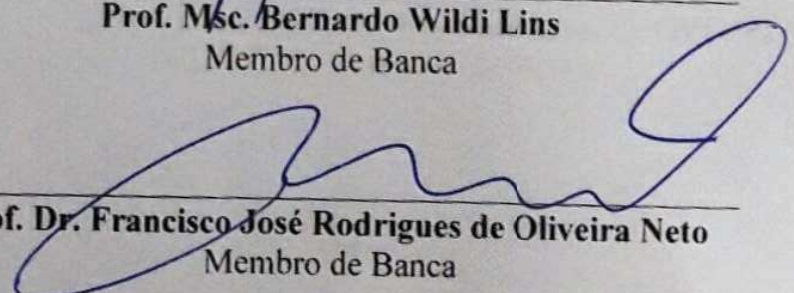
Florianópolis, 08 de junho de 2017.



Prof. Dr. João dos Passos Martins Neto
Professor Orientador



Prof. Msc. Bernardo Wildi Lins
Membro de Banca



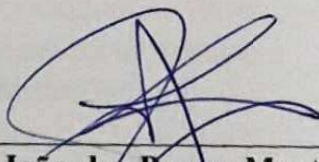
Prof. Dr. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto
Membro de Banca

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

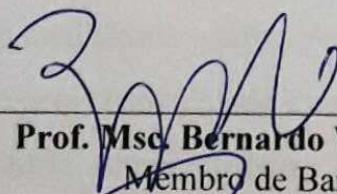
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**Cobertura de Tratamento Médico no Exterior pelo Estado: Análise da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**”, elaborado pela acadêmica **Kaline Rizzatti Barros**, defendido em **08/06/2017** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

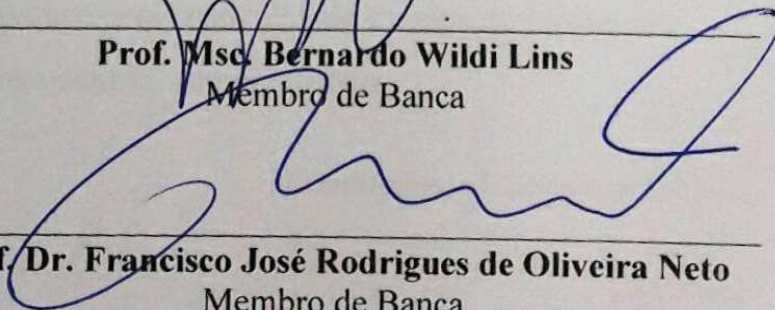
Florianópolis, 08 de junho de 2017



Prof. Dr. João dos Passos Martins Neto
Professor Orientador



Prof. Msc. Bernardo Wildi Lins
Membro de Banca



Prof. Dr. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluna: Kaline Rizzatti Barros

RG: 5786435

CPF: 071.274.699-46

Matrícula: 13200068

Título do TCC: Cobertura de Tratamento Médico no Exterior pelo Estado:

Análise da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Orientador: Prof. Dr. João dos Passos Martins Neto

Eu, Kaline Rizzatti Barros, acima qualificada; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 08 de junho de 2017.

Kaline R. Barros.

NOME DO ALUNO

*“Porque d’Ele, por Ele, e para Ele, são todas as coisas;
glória, pois, a Ele eternamente. Amém.”*

Romanos 11:36

AGRADECIMENTOS

À Deus, por me permitir o dom da vida para que eu execute minhas obras na Terra.

Aos meus pais, Rose e Gidião, meus exemplos de vida, pelo apoio educacional, emocional e financeiro para que eu concluísse mais essa etapa. Muito obrigada!

À minha irmã, Marina, por acompanhar tudo o que faço tão de perto, sendo minha companheira e apoiadora. Obrigada por me aturar!

Ao Eduardo, por ser meu companheiro desde os primeiros meses de faculdade, sendo calmaria na minha loucura.

Aos amigos de Criciúma, Ana Catarina, Daniela, Elaine, Evilyn, Felipe, Heloisa, Joana, João, Lays, Manuela, Marina, Nathalie, Ohanna, Raiana, Robson, Silvia, Victoria, pessoas que não acharei igual em toda minha existência, por me provarem, todos os dias, que as verdadeiras amizades, realmente, perduram na distância.

Ao Roberto Stroher, especialmente, pois sem ele, não teria ingressado nesta Universidade Federal.

Aos amigos que fiz no durante a graduação e estágios do curso de Direito, os quais destaco a Bartira Barros Simon e o Guilherme Medeiros e Silva, pelo aprendizado que me proporcionaram.

Ao meu orientador, João dos Passos Martins Neto, pelos ensinamentos e pela ajuda na execução deste trabalho.

RESUMO

O Judiciário Brasileiro, tendo em vista que a Constituição Federal Brasileira positivou o direito à saúde como fundamental, recebeu, nos últimos anos, variadas ações com pedido ao Estado de cobertura de tratamentos médicos no exterior. O objetivo deste trabalho é expor se o Superior Tribunal de Justiça entende se o Estado possui a obrigação de fornecer tratamento médico no exterior em função do direito fundamental à saúde. Para tanto, primeiramente, serão introduzidos os direitos fundamentais e apontada a qualificação do direito à saúde na Carta Magna de 1988. Em seguida, serão analisados os principais fundamentos de limitação utilizados pelos operadores do direito nas demandas judiciais que versam sobre a cobertura de tratamentos médicos pelo Estado. Por fim, serão expostas decisões do Superior Tribunal de Justiça, a fim de que se analise de que maneira este tribunal atua diante de tais demandas. Dessa forma, será exposto a insegurança jurídica em que paira a temática do trabalho, visto que tal tribunal não tem uniformidade na tomada de decisão dos casos relativos ao custeio de tratamento médico no exterior.

Palavras-chave: Tratamento médico no exterior. Direito à Saúde. Mínimo Existencial. Reserva do Possível. Limitação Orçamentária. Portaria 763/94.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	11
1.1 O direito fundamental à saúde.....	20
2 FUNDAMENTOS DE LIMITAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	26
2.1 Gênese e caracterização do conceito de mínimo existencial.....	26
2.2 A reserva do possível como restrição à prestação dos direitos sociais	30
2.3 Limitação orçamentária.....	34
2.4 Indeferimentos dos pedidos de tratamento médico no exterior pelo Poder Executivo ...	38
3 COBERTURA DE TRATAMENTO MÉDICO NO EXTERIOR PELO ESTADO, À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	42
CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	61

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal Brasileira positivou o direito fundamental à saúde. Dessa garantia constitucional, incidem variados pedidos judiciais ao Estado de cobertura de tratamentos médicos no exterior, sendo estes não padronizados pelo Sistema Único de Saúde. Entretanto, a lei é pouco detalhada sobre o assunto, o que acarreta na ausência de uniformidade em sua aplicação.

Para a realização do presente trabalho, utilizou-se o método dedutivo. O procedimento adotado foi a pesquisa bibliográfica.

Apesar da escassa bibliografia sobre o tema, é possível construir um panorama a respeito dos pedidos de cobertura de tratamento médico no exterior. Por intermédio das fundamentações teóricas dos autores Afonso da Silva (2009), Sarlet (2012), Branco (2015), Bonavides (2013), Ferreira Filho (2006), Accioli e Arabi (2016), Villas-böas (2009), Globekner (2009), Barcellos (2008), entre outros, foi possível estabelecer a base teórica para o desenvolvimento do projeto técnico científico.

Diante dessa situação, questiona-se: para o Superior Tribunal de Justiça, o Estado possui a obrigação de fornecer tratamento médico no exterior em função do direito fundamental à saúde?

Para uma melhor análise do tema, o trabalho fará uma exposição das argumentações utilizadas pelos ministros do STJ e quais critérios estes utilizam no deferimento e no indeferimento das questões judiciais acerca do tema tratado.

O assunto proposto é de extrema significância visto tratar-se de casos de judicialização da saúde, demanda entre as quais estão sendo propostas em grande escala no Judiciário Brasileiro.

O presente trabalho inova ao analisar a obrigação do Estado em fornecer cobertura de tratamento médico no exterior levando em conta a limitação orçamentária, a Reserva do Possível, o Mínimo Existencial, analisando sua aplicação no Superior Tribunal de Justiça, e propondo uma solução ao deferimento das ações, diante de limitações financeiras do Poder Executivo.

Para isso, o trabalho será disposto em três capítulos.

O primeiro capítulo abordará de que forma se introduziu os direitos fundamentais na Carta Magna de 1988 e apontará os conceitos gerais sobre a qualificação do direito à saúde no texto constitucional.

O segundo capítulo tratará os aspectos referentes aos argumentos de limitação do direito à saúde expostos pelos operadores do direito, quais sejam: mínimo existencial, reserva do possível, limitação orçamentária e Portaria n. 763 de 04 de julho de 1994, esta última utilizada especificamente nas ações com pedido de tratamento no exterior.

O terceiro capítulo irá apresentar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça diante dos pedidos de custeio de tratamento médico no exterior do território nacional.

Seguem, ao final, as considerações finais e as referências bibliográficas.

1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu Título II, dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais, os quais foram divididos em cinco capítulos: direitos e deveres individuais coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e; partidos políticos.

José Afonso da Silva explica que o termo

direitos fundamentais do homem [...] além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservado para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do *homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do *homem*, não como macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana¹.

No mesmo sentido, Sarlet conceitua os direitos fundamentais como

o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito².

Dessa maneira, a inserção dos direitos fundamentais na Carta Magna Brasileira, para Branco, representa um avanço no direito constitucional que é resultado de aqueles serem o centro da proteção da dignidade da pessoa, uma vez que é a Constituição lugar apropriado para positivizar normas que tutelem os direitos fundamentais, os quais merecem estar refugiados “em documento jurídico com força vinculativa máxima, indene às maiorias ocasionais formadas na efervescência de momento adversos ao respeito devido ao homem³”.

Assim, é evidente que os direitos fundamentais expressam um conjunto de valores objetivados pela Constituição.

¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 178.

² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.31.

³ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 135.

A doutrina ao tratar sobre o tema em questão, aponta os aspectos que diferenciam direitos e garantias fundamentais. Como se vê:

Há, no Estatuto Político, direitos que têm como objeto imediato um bem específico da pessoa (vida, honra, liberdade física). Há também outras normas que protegem esses direitos indiretamente, ao limitar, por vezes procedimentalmente, o exercício do poder. São essas normas que dão origem aos direitos-garantia, às chamadas garantias fundamentais⁴.

Nesse sentido, Miranda também retrata a diferença entre os direitos e as garantias:

Os direitos representam por só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexos que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se⁵.

Dessa forma, conclui-se que, como na classificação de Ruy Barbosa citado por José Afonso da Silva, os direitos possuem propósitos meramente declaratórios, os quais comunicam existência legal ao texto normativo; e as garantias, por sua vez, têm feições assecuratórias, limitando o poder em defesa dos direitos⁶.

A doutrina agrupa, também, os direitos fundamentais em gerações ou, modernamente, em dimensões, uma vez que aquela denominação recebeu críticas por parte da doutrina.

A classificação em gerações se dá de acordo com as características jurídicas dos direitos fundamentais⁷, as quais, segundo Ferreira Filho “de modo geral, [...] estão ligadas à geração em que eles surgem reconhecidos⁸”.

Por outro lado, conforme relata Sarlet ao destacar sua preferência pela expressão *dimensões*, a inovação do conceito merece respaldo, já que o

reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões”.

⁴ Ibidem, p. 167.

⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. IV, “Direitos Fundamentais”, p. 88-89 apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 544.

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 186.

⁷ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Direitos Humanos Fundamentais*. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 102.

⁸ Ibidem, p. 103.

Concluído o debate terminológico, que pouco merece destaque nesse trabalho, é necessário evidenciar, nesse momento, a época histórica em que tais classificações de direitos se inserem na sociedade e de que maneira se integram.

Com o fim da centralização do poder nas mãos do Rei no Estado Absolutista, houve a ascensão do Estado Liberal devido às revoluções burguesas. Essas pugnavam pelos ideais de liberdade, igualdade e intervenção mínima do Estado na esfera individual da população, ou seja, buscava-se uma atuação negativa do poder público. Dessa forma, o Estado deveria tutelar apenas sobre os direitos fundamentais de primeira geração, a respeito dos quais explicarei nesse capítulo.

Entretanto, com o aumento das demandas sociais e políticas, a Primeira Guerra Mundial, o incremento da democracia, o Estado Liberal cedeu espaço ao Estado Social, o qual “é marcado pela garantia das liberdades individuais, com o reconhecimento dos direitos sociais, através do intervencionismo estatal⁹”.

Contudo, com o aumento da tributação, dos gastos públicos, da dívida pública, do déficit orçamentário e, em consequência, da limitação de recursos, o Estado Social passou por significativas modificações, como sua redução e a restrição ao intervencionismo estatal, sem contudo, desaparecer totalmente.

É nesse contexto que nasce o Estado Social Democrático de Direito, no qual coexistem as dimensões de direitos, porém reguladas à carência dos recursos públicos. Esse modelo de Estado “trabalha com a ideia da esgotabilidade de recursos na via orçamentária, buscando de maneira equilibrada, entre receitas e despesas oferecer prestações públicas na área da saúde, da educação, do fomento à economia e para a redução das desigualdades sociais¹⁰”.

Nesse compasso, é necessário definir quais direitos que integram cada dimensão. Celso de Mello faz a divisão em três gerações:

enquanto os *direitos de primeira geração* (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os *direitos de segunda geração* (econômicos, sociais, culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os *direitos de terceira geração*, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos

⁹ ACCIOLI, Ana Caroline dos Santos. ARABI, Abhner Youssif Mota. A judicialização das políticas públicas e a escassez orçamentária. Ensaio: Direito Financeiro e Jurisdição Constitucional. Curitiba: Juruá, 2016. p. 32.

¹⁰ Ibidem, p. 33.

genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade¹¹.

Dessa forma, vale ressaltar que alguns autores defendem a ideia de existirem mais dimensões de direitos fundamentais, além das clássicas já citadas acima. Como é o caso de Paulo Bonavides que indica uma quarta dimensão – a qual não possui grande reconhecimento do direito interno – composta pelos direitos à democracia, à informação e o direito ao pluralismo, sendo aquele resultado do contexto de globalização que atingem os direitos fundamentais¹².

Seguindo essa linha de pensamento sobre a globalização dos direitos, Bulos indica os direitos de quarta dimensão como aqueles relativos à “saúde, informática, *softwares*, biociências, eutanásia, alimentos transgênicos, sucessão dos filhos gerados por inseminação artificial, clonagens, dentre outros acontecimentos ligados à engenharia genética¹³”.

Ademais, de acordo com Ingo Sarlet, também não existe consenso quanto à existência de uma quinta e sexta dimensões de direitos fundamentais, dessa forma, assim evidencia o autor:

Ao passo que para José Alcebíades de Oliveira Júnior o Antonio Wolkmer tal dimensão [a quinta] trata dos direitos vinculados aos desafios da sociedade tecnológica e da informação, do ciberespaço, da Internet e da realidade virtual em geral, para José Adércio Sampaio a quinta dimensão abarca o dever de cuidado, amor e respeito com todas as formas de vida, bem como direitos de defesa contra as formas de dominação biofísica geradoras de toda sorte de preconceitos¹⁴.

E continua sobre a sexta dimensão, a qual é “representada pelo direito humano e fundamental de acesso à água potável, como deflui da proposta de Zulmar Fachin e Deise Marcelino da Silva, baseando-se especialmente na gradual consagração de tal direito no cenário do direito internacional e dos direitos humanos¹⁵”.

Destarte, fica evidente que, mesmo com a existência da discussão entre a existência ou não de algumas gerações ou dimensões de direitos fundamentais, essas divisões

¹¹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 30.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 311-312.

¹³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 515.

¹⁴ Ibidem, p. 313.

¹⁵ Idem.

inovadoras podem ser reconduzidas, claramente, de alguma maneira, às três primeiras dimensões.

Branco, também, elenca as características dos direitos fundamentais, sendo elas: 1) Direitos universais e absolutos; 2) Historicidade; 3) Inalienabilidade/ indisponibilidade; 4) Constitucionalização; 5) Vinculação dos Poderes Públicos; 6) Aplicabilidade imediata.

Os direitos fundamentais são considerados, por parte da doutrina, universais e absolutos.

Entender os direitos fundamentais como universais, significa que, em suma, todas as pessoas são titulares dos direitos fundamentais, sendo a qualidade de ser humano condição satisfatória para titularidade desses direitos¹⁶.

Entretanto, alguns direitos fundamentais não abarcam a totalidade dos seres humanos. Há, na classificação brasileira, direitos que abrangem todos os homens, como o direito à vida, e os direitos que não interessam a todas as classes de pessoas¹⁷.

No mesmo sentido, explica o autor não ser sempre correto se tratar da universalidade com relação aos direitos fundamentais. Isso porque há direitos que podem ter como obrigados o Poder Público e os particulares, assim como há aqueles que obrigam apenas o Estado, por exemplo¹⁸.

Além disso, pode-se considerar os direitos fundamentais como absolutos por estarem eles no topo da hierarquia jurídica, não admitindo restrições. Contudo, tal afirmativa encontra dificuldade de aceitação por parte da doutrina, como explica Branco:

Tornou-se voz corrente na nossa família do Direito admitir que os direitos fundamentais podem ser objeto de limitação, não sendo, pois absolutos. Tornou-se pacífico que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, quando enfrentam outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais. Prieto Sanchis noticia que a afirmação de que ‘não existem direitos ilimitados se converteu quase em cláusula de estilo na jurisprudência de todos os tribunais competentes em matéria de direitos humanos’.

Igualmente no âmbito internacional, as declarações de direitos humanos admitem expressamente limitações ‘que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública ou os direitos e liberdades fundamentais de outros.’¹⁹

¹⁶ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. p. 141.

¹⁷ Idem.

¹⁸ Idem.

¹⁹ Idem.

Dessa forma, fica evidente que, em princípio, não há que se falar em direitos fundamentais absolutos, visto que outros valores constitucionais podem limitá-los²⁰.

A respeito da historicidade dos direitos fundamentais, vale ressaltar que estes somente fazem sentido em um determinado contexto histórico, tendo o tempo, nesse sentido, o indispensável condão de desenvolvimento da compreensão dos direitos fundamentais. Dessa forma, é possível que os direitos possam ser declarados em um período histórico e ocultados ou modificados em outro²¹.

Sobre a característica de inalienabilidade demonstra Branco:

Inalienável é um direito ou uma coisa em relação a que estão excluídos quaisquer atos de disposição, quer jurídica – renúncia, compra e venda, doação –, quer material – destruição do material do bem. Isso significa que um direito inalienável não admite que o seu titular o torne impossível de ser exercitado para si mesmo, física ou juridicamente. Nesse sentido, o direito à integridade física é inalienável, o indivíduo não pode vender uma parte do seu corpo ou uma função vital, nem tampouco se mutilar voluntariamente.

Os autores que defendem a inalienabilidade pautam sua colocação na dignidade humana, visto que o ser humano não tem o direito de escolha sobre ter dignidade ou não, assim como não pode deixar de ser homem. Porém, Branco deixa claro que nem todos os direitos fundamentais possuem a característica citada, sendo esta apenas utilizada nos casos de direitos ligados à vida, à saúde, à integridade física e às liberdades pessoais²².

Além disso, expõe o autor, sobre a indisponibilidade, que “se é inviável que se abra mão irrevogavelmente dos direitos fundamentais, nada impede que o exercício de certos direitos fundamentais seja restringido, em prol de uma finalidade acolhida ou tolerada pela ordem constitucional”²³.

Sobre a constitucionalização dos direitos fundamentais, destaca Branco ser esta característica divisora entre o conceito de direitos fundamentais e direitos humanos, porém a distinção conceitual não significa a incomunicabilidade entre suas esferas²⁴.

Para ele, a expressão direitos humanos é pautada em bases jusnaturalistas, não sendo necessária a sua positivação²⁵. O termo direitos fundamentais, por sua vez, diz

²⁰ Ibidem, p. 142.

²¹ Idem.

²² Ibidem, p. 143-144.

²³ Ibidem, p. 144.

²⁴ Idem.

respeito aos direitos básicos positivados nos diplomas normativos de cada Estado, sendo assegurados na medida de tutela escolhida pelos Estados²⁶.

Ademais, a característica de constitucionalização “traz consequências de evidente relevo. As normas que abrigam impõem-se a todos os poderes constituídos, até ao poder de reforma da Constituição”²⁷.

O aspecto de vinculação dos poderes públicos pelos direitos fundamentais significa dizer que estes direitos estarem previstos na Carta Magna, os transformam em critério de organização e limitação na atuação dos poderes constituídos²⁸. Dessa forma, fica clara a superioridade dos direitos fundamentais sobre os poderes públicos²⁹.

O Art. 5, §1º da Constituição preconizou que: “*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”. Daí se extrai, por fim, a característica de aplicabilidade imediata, a qual, para Branco, revela o caráter perceptivo, e não meramente programático, de tais normas. “Explicita-se, além disso, que os direitos fundamentais se fundam na Constituição, e não na lei – com o que se deixa claro que é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, não o contrário”³⁰.

Entretanto, deixa o autor claro que esse aspecto não denota que os direitos fundamentais – sempre e automaticamente – reproduzem direitos subjetivos, concretos e definitivos³¹.

Nesse sentido, ele explica:

Há normas constitucionais, relativas a direitos fundamentais que, evidentemente, não são autoaplicáveis. Carecem da interposição do legislador para que produzam todos os seus efeitos. As normas que dispõem sobre direitos fundamentais se índole social, usualmente, têm a sua plena eficácia condicionada a uma complementação pelo legislador³².

Entretanto, importante destacar que essa situação leva parte da doutrina a entender que o artigo citado anteriormente constitui-se em uma norma-princípio, a fim de que

²⁵ Idem.

²⁶ Idem.

²⁷ Ibidem, p. 145.

²⁸ Idem.

²⁹ Ibidem, p. 146.

³⁰ Ibidem, p. 152.

³¹ Idem.

³² Ibidem, p. 153.

seja dada maior eficácia possível aos direitos fundamentais, “devendo-se presumir a sua perfeição, quando possível”³³.

Nesse mesmo sentido, destaca José Afonso da Silva que:

A Constituição é expressa [...] quando estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Mas certo é que isso não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre os fundamentais. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, mas são tão jurídicas como as outras e exercem relevante função, porque, quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mais se tornam garantias da democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais³⁴.

Diante do exposto, faz-se necessário o entendimento das possibilidades de eficácias que trata a doutrina brasileira.

Sabe-se que as normas constitucionais possuem eficácia jurídica, as quais podem variar de acordo com o grau de normatividade que conferiu a Constituição, ou seja, apesar de todas as normas jurídicas constitucionais possuírem efetividade, nem todas possuem a mesma abrangência.

Indica Maria Pinheiro de Lemos que:

A eficácia [...] indica a capacidade da norma de produzir efetiva ou potencialmente os efeitos previstos, seja de forma fática, seja técnico-normativa. [...] A aptidão técnica da norma para produzir os efeitos visados é dita eficácia jurídica que, como supramencionado, é equiparável por alguns à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade, ou seja, à possibilidade de aplicação jurídica ao caso concreto³⁵.

José Afonso da Silva classifica a eficácia jurídica em três grupos de normas constitucionais, são elas: normas de eficácia plena, com aplicabilidade direta, imediata e integral; normas de eficácia contida, com aplicabilidade direta, imediata, mas não necessariamente integral e; normas de eficácia limitada, com aplicabilidade indireta, mediata

³³ Idem.

³⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 180.

³⁵ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Alocação de recursos em saúde: quando a realidade e os direitos fundamentais se chocam*. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2009. p. 127.

e reduzida. Vale ressaltar que essa última, na classificação do autor, é subdividida em normas de princípio institutivo e de princípio programático³⁶.

Explica Maria Pinheiro de Lemos que as normas de eficácia plena produzem, “desde a entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais quanto às situações que devem regular; além de sua aplicabilidade imediata, direta e integral³⁷”.

Já as normas de eficácia contida, na classificação da autora “podem ter sua amplitude reduzida por iniciativa do legislador, do administrador ou por ato judicial, conforme previsão e autorização constantes da própria Carta Magna, observando-se, todavia, que essa atuação restritiva não pode inviabilizá-las, atingindo mortalmente seu núcleo essencial”³⁸.

Por fim, as normas de eficácia limitada “são aquelas 'que dependem de outras providências para que possam surtir os efeitos essenciais colimados pelo legislador constituinte'. Subdividem-se em normas de princípio institutivo [...] e normas de princípio programático”³⁹.

As normas de princípio institutivo e as de princípio programático, para Azzariti citado por José Afonso da Silva, diferem porque as programáticas não seriam normas jurídicas e as institutivas são⁴⁰.

Dessa forma, explica José Afonso da Silva que

As programáticas envolvem um conteúdo social e objetivam a interferência do Estado na ordem econômico-social mediante prestação positivas, a fim de propiciar a realização do bem comum, através da democracia social. As de princípio institutivo têm conteúdo organizativo e regulativo de órgãos e entidades, respectivas atribuições e relações. Têm, pois, natureza organizativa; sua função primordial é a de esquematizar a organização, criação ou instituição dessas entidades ou órgãos⁴¹.

As normas programáticas, subdivisão da eficácia limitada mais importante para o entendimento desse trabalho, são conceituadas por Pontes de Miranda como “aquelas

³⁶ Idem.

³⁷ Idem.

³⁸ Idem.

³⁹ Idem.

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 123.

⁴¹ Idem.

em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais hão de se orientar os Poderes Públicos⁴²”.

José Afonso da Silva, no mesmo sentido, trata as normas programáticas como

aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular; direta e indiretamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização do fins sociais do Estado⁴³.

Luís Roberto Barroso entende, sobre as normas programáticas, que um preceito que indique um fato que, inicialmente, já se saiba ser irrealizável, transgredir o nexo de todo o sistema⁴⁴. Dessa forma, “resulta que o faticamente impossível, de forma absoluta, está fora do mundo jurídico e, ademais, fora das opções de ação e de escolha moral do ser humano⁴⁵”.

Concluído tal entendimento, passo a analisar o direito à saúde, aplicando os aspectos gerais dos direitos fundamentais à norma citada, a qual é o foco deste trabalho.

1.1 O direito fundamental à saúde

Apesar de soar comum à maioria das pessoas que o direito à saúde é, de fato, um direito fundamental, há, por parte da doutrina, controvérsias acerca de possuir esse a capacidade de um direito fundamental, estando efetivamente sujeito a um regime jurídico equivalente aos demais direitos fundamentais⁴⁶. Dessa forma, é necessário que se firme o entendimento do presente trabalho com relação ao tema, o qual se dará nesse tópico.

No Art. 6º da Constituição Federal consta o rol dos direitos sociais ou direitos de prestação em sentido amplo⁴⁷, do qual se extrai o direito à saúde. Contudo, esses direitos, quando positivados, foram elencados apenas exemplificativamente⁴⁸, não sendo

⁴² Ibidem, p. 135.

⁴³ Ibidem, p. 136.

⁴⁴ GLOBEKNER, Osmir Antonio. *A saúde entre o público e o privado: a questão da equidade no acesso social aos recursos sanitários escassos*. Universidade Federal da Bahia, 2009. p. 109.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. Disponível em <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/in-go_mariana.html>. Acesso em: 10 de mar. de 2017.

⁴⁷ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. p. 655.

⁴⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. p. 211.

taxativos, uma vez que podem abarcar também direitos contidos em outros artigos da Constituição, bem como aqueles previstos em tratados internacionais⁴⁹.

Para José Afonso da Silva, quando trata do conceito dos direitos sociais,

podemos dizer que os *direitos sociais*, como dimensões dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitem melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade⁵⁰.

Nesse mesmo sentido, explica Dirley da Cunha Jr. que

os direitos sociais, em suma, são aquelas posições jurídicas que credenciam o indivíduo a *exigir* do Estado uma *postura ativa*, no sentido de que este coloque à disposição daquele, prestações de natureza jurídica ou material, consideradas necessárias para implementar as condições fáticas que permitam o efetivo exercício das liberdades fundamentais e que possibilitem realizar a *igualização de situações sociais desiguais*, proporcionando melhores condições de vida aos desprovidos de recursos materiais⁵¹.

Além disso, o direito à saúde se enquadra como direito de segunda dimensão, o qual engloba os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos. Estes se referem ao direito fundamental à saúde como direito subjetivo que “outorgam aos seus titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados⁵²”.

Importante consolidar, nesse momento, a posição da temática de que todos os direitos sociais são fundamentais, estando eles localizados Título II, Capítulo II do texto constitucional, dispostos no resto da Constituição ou positivados nos tratados internacionais firmados pelo Brasil.

Os direitos sociais abarcam direitos a prestações e de defesa, sendo esses, respectivamente, considerados como positivos e negativos (ou à ações negativas), do ponto de vista do fundamento da natureza da posição jurídico-subjetiva reconhecida ao possuidor do direito, assim como da ideia de que os direitos negativos (direito à tutela dos bens fundamentais protegidos pela Constituição) apresentam uma dimensão positiva (já que se

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. p. 597.

⁵⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 286.

⁵¹ CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 585.

⁵² MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. p. 634.

necessita de uma atuação positiva do Estado e da sociedade) e vice-versa, como, por exemplo, quando se busca uma proteção contra interferências inadequadas dos órgãos estatais ou de particulares⁵³.

Destarte, evidencia-se a vontade do Constituinte, na acepção de que o termo “social não está exclusivamente vinculado a uma atuação positiva do Estado na implementação e garantia da segurança social, como instrumento de compensação de desigualdades fáticas manifestas”⁵⁴, a fim de e modo a garantir um mínimo de condições para uma vida digna.

Há, ainda, na doutrina uma enorme discussão sobre a eficácia dos direitos fundamentais sociais, entre eles à saúde, uma vez que determinam ações de maior custo prestacional⁵⁵. Assim, entende parte da doutrina que, pelo seu caráter programático, o direito à saúde possui eficácia limitada e aplicabilidade indireta, dependendo, dessa maneira, de legislação infraconstitucional que a regulamente.

Porém, estabeleceu o art. 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal, sua aplicabilidade imediata, como se vê: “*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”.

Tendo em vista essa disposição constitucional ligada ao entendimento sobre a natureza programática dos direitos sociais, há quem compreenda que esse preceito concerne apenas aos direitos individuais, não abrangendo os direitos sociais.

Entretanto, é evidente que, apesar de estar localizado no Título II, Capítulo I do texto constitucional, vindo os direitos sociais em sua sequência, a escrita normativa é clara e não restringiu sua aplicabilidade. Ademais, os direitos fundamentais gotejam em todo o ordenamento jurídico, tendo em sua configuração os princípios hermenêuticos da força normativa constitucional e de sua máxima efetividade, argumentos favoráveis, também, a aplicabilidade imediata dos direitos sociais⁵⁶.

Destarte, resta claro que o constituinte quis priorizar a efetividade das normas que tratam dos direitos fundamentais.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang, FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. Disponível em <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 10 de mar. de 2017.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Alocação de recursos em saúde: quando a realidade e os direitos fundamentais se chocam*. p. 142.

⁵⁶ Idem.

Assim, introduz-se o primeiro questionamento basilar desse trabalho: pode ou não o cidadão exigir do Estado, de forma imediata, o cumprimento de uma norma que trate de um direito fundamental social?

Nessa toada, Ferreira Filho vai contra uma interpretação literal que despreze as limitações na aplicação desses direitos, tendo em vista o conflito entre o texto normativo e a realidade fática. Dessa forma, cita o autor a respeito da disposição constitucional em discussão:

A intenção que a ditou é compreensível e louvável: evitar que essas normas fiquem letra morta por falta de regulamentação. Mas o constituinte não se apercebeu que as normas têm aplicabilidade imediata quando são completas na sua hipótese e no seu dispositivo. Ou seja: quando a condição de seu mandamento não possui lacuna, e quando esse mandamento é claro e determinado. Do contrário ela é não-executável pela natureza das coisas. [...] Ora, de duas uma, ou a norma definidora de direito ou garantia fundamental é completa, e, portanto, auto-executável, ou não o é, caso em que não poderá ser aplicada. Pretender que uma norma incompleta seja aplicada é desejar uma impossibilidade, ou forçar a natureza que, rejeitada, volta ao galope, como disse o francês⁵⁷.

Entretanto, mesmo aqueles que defendem a interpretação minuciosa de tal norma constitucional, compreendem a dificuldade prática de seu cumprimento. Assim, demonstra Barroso que: “a ausência de lei integradora, quando não inviabilize integralmente a aplicação do preceito constitucional, não é empecilho à sua concretização pelo juiz, mesmo à luz do direito positivo vigente⁵⁸”.

Maria Elisa Lemos ao citar Ingo Sarlet, explica sobre os entendimentos intermediários a respeito do tema, indicando que o autor

Considera que a norma inserta no artigo 5º, §1º, é principiológica, servindo ela mesma como um mandado de otimização. Esse autor menciona também, como exemplo da posição intermediária na matéria, a de Celso Bastos, da qual, segundo Ingo Sarlet, mais se aproximam as posturas adotadas pelo STF, e segundo a qual os direitos fundamentais são, em princípio e na medida do possível, imediatamente aplicáveis, salvo se a própria Constituição remeter sua concretização ao legislador ou se a norma constitucional de direitos fundamentais não contiver elementos mínimos para sua imediata aplicação⁵⁹.

⁵⁷ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Alocação de recursos em saúde*: quando a realidade e os direitos fundamentais se chocam. p. 143-144.

⁵⁸ Ibidem, p. 143.

⁵⁹ Ibidem, p. 144.

Dessa forma, indica Sarlet que os direitos fundamentais sociais não podem ser tratados como meros enunciados sem força normativa que precisam esperar pela boa vontade do legislativo em criar projetos que poderão ser concretizados ou não⁶⁰.

Assim, quando a Constituição fala, em seu artigo 196, que: “*A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*”, deixa evidente que o acesso deve ser universal e igualitário a qualquer cidadão, contudo dentro dos limites do Estado, visto que se dará mediante políticas públicas sociais e econômicas.

Destarte, pode-se entender que, aqueles medicamentos e tratamentos ofertados pelo Estado, quando buscados pelos cidadãos, terão que ser disponibilizados, sem distinção – social ou econômica – de quem procura esse serviço.

Assim, parece que a eficácia do direito social à saúde é de capacidade plena, porém não significa que o Estado deva prover qualquer tratamento ao cidadão brasileiro. Isso porque, pensando o contrário, caímos na conclusão de que deveria o Estado disponibilizar qualquer tratamento discricionário que seja reclamado aos entes públicos, o que, tendo em vista as limitações estatais, se entende que não quis o constituinte.

A principal limitação do Estado, com certeza, é a orçamentária. Sobre isso, destaca Sarlet citado por Cunha Jr.

cabem ao Legislativo e Executivo, a princípio, a deliberação acerca da destinação e aplicação dos recursos orçamentários. Todavia, essa competência não é absoluta, [...]. Assim chamada liberdade de conformação do legislador nos assuntos orçamentários “encontra seu limite no momento em que o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna não for respeitado, isto é, quando o legislador se mantiver aquém desta fronteira.”⁶¹

Nesse diapasão, insere-se a “*judicialização da saúde*”, tema de enorme relevância no contexto nacional brasileiro, como se vê em recente publicação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ):

A judicialização do direito à saúde, mais especificamente, tem se direcionado a diversos serviços públicos e privados, tais como o

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo e eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n° 10, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 de jul. de 2006.

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos constitucionais*. 2ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001 apud CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 8ª. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 605.

fornecimento de medicamentos, a disponibilização de exames e a cobertura de tratamentos para doenças. Não é difícil observar em qualquer governo no Brasil a existência de ações judiciais que buscam o deferimento de pedidos sobre estes e outros assuntos. O resultado deste processo é a intensificação do protagonismo do Judiciário na efetivação da saúde e uma presença cada vez mais constante deste Poder no cotidiano da gestão em saúde. Seja em uma pequena comarca ou no plenário do STF, cada vez mais o Judiciário tem sido chamado a decidir sobre demandas de saúde, o que o alçou a ator privilegiado e que deve ser considerado quando o assunto é política de saúde.⁶²

Sabe-se o Judiciário não tem o dever de fixar políticas públicas no lugar do legislador, mas pode atender, nesse caso, a algumas necessidades individuais e coletivas, analisando o caso concreto.

José Afonso da Silva, ao tratar da posição de Canotilho sobre as normas programáticas expõe que

O autor pôde dizer que com tranquilidade que *a força dirigente e determinante* dos direitos a prestações (econômicos, sociais e culturais) inverte, desde logo, o objecto clássico da pretensão jurídica fundada num direito subjetivo: de uma *pretensão de omissão* dos Poderes Públicos (direito a exigir do Estado que se abstenha de interferir nos direitos individuais, liberdades e garantias) transita-se para uma *proibição de omissão* (direito a exigir que o Estado intervenha activamente no sentido de assegurar prestações aos cidadãos)⁶³.

Dessa maneira, expõe-se a atuação do Poder Judiciário para proporcionar a execução do direito à saúde, a fim de suprir a carência deixada pelos Poderes Legislativo e Executivo, os quais são os primeiros a serem provocados com as demandas judiciais de saúde⁶⁴. Vale frisar que, mesmo o Estado não tendo a obrigatoriedade de fornecer todo e qualquer tratamento, Maria Elisa Lemos, corretamente, expõe que

muitas ações judiciais poderiam ser evitadas mediante vontade e interesse políticos de vencer a inércia burocrática em favor do necessitado. Quantas vezes há a lei, há recursos, mas aquela não se cumpre e estes se perdem pelo mau uso e pela falta de planejamento adequado. [...] A verdade é que, para o mau administrador e para o legislador moroso, é mais fácil esperar a ordem judicial – que talvez não venha – do que se empenhar para preveni-la, por meio da promoção do adequado equipamento técnico e humano das unidades públicas. E, então, a aplicabilidade imediata vai-se perdendo, primeiro pela falha do legislador, depois pela falha do administrador, até chegar ao Judiciário⁶⁵.

⁶² ASENSI, Felipe Dutra. PINHEIRO, Roseni (Org.). *Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. p. 9.

⁶³ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. p. 142.

⁶⁴ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Alocação de recursos em saúde: quando a realidade e os direitos fundamentais se chocam*. p. 146.

⁶⁵ Idem.

Por fim, com essas demandas sob o crivo do Judiciário, existe o risco de decisões diferentes para casos iguais, já que, tendo em vista a controvérsia em que paira o tema, essas trazem a carga de convicção de cada juiz no ato de julgar. Destarte, retira-se o caráter impessoal e abstrato da norma e, em consequência, somos levados, naturalmente, a insegurança jurídica⁶⁶.

Na sequência, passo a expor e a analisar os principais fundamentos de limitação utilizados pelos operadores do direito nas demandas judiciais que versam sobre a cobertura de tratamentos médicos pelo Estado – sempre merecendo destaque aqui os casos de demandas de pedido de custeio no exterior do território nacional brasileiro – bem como aqueles indicados pela doutrina ao tratar sobre o direito à saúde.

2 FUNDAMENTOS DE LIMITAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

2.1 Gênese e caracterização do conceito de mínimo existencial

O direito ao mínimo existencial – ou indispensável – a uma vivência digna teve suas primeiras composições no direito alemão. O tema ocupou posição de destaque não só no planejamento do processo constituinte, como também após a entrada em vigor da Lei Fundamental da Alemanha de 1949⁶⁷.

Vale ressaltar, primeiramente, que na citada Lei Fundamental Alemã não existem direitos sociais típicos – de evidente caráter prestacional – estabelecidos de forma expressa em seu texto normativo, com a exceção do direito à proteção da maternidade e dos filhos e a obrigação de uma atuação positiva do Estado, a fim de equilibrar as desigualdades materiais com relação à discriminação com as mulheres e com os portadores de necessidades especiais, direitos esses não considerados, ainda assim, por alguns, como sociais⁶⁸.

O direito à assistência social é considerado na Alemanha e, de modo geral, nos países da União Europeia, como a manifestação basilar da tutela do mínimo existencial,

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. Disponível em <
http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/in-go_mariana.html>. Acesso em: 10 de mar. de 2017.

⁶⁸ Idem.

tendo a característica de uma *ajuda para a autoajuda*, como estabelece Ingo Sarlet⁶⁹. Dessa maneira, não se busca a afirmação da dignidade humana em si mesma, mas sua proteção e ascensão, tendo em vista se tratar de assistência social. Esse entendimento é sustentado pela doutrina e pela jurisprudência alemã.

Por conseguinte, a fixação do custo do fornecimento assistencial determinado à proteção do mínimo existencial, tendo em vista sua viabilidade, depende do modelo socioeconômico vigente⁷⁰.

Contudo, não se pode desatentar ao fato de que “o valor necessário para a garantia das condições mínimas de existência evidentemente estará sujeito a câmbios, não apenas no que diz com a esfera econômica e financeira, mas também no concernente às expectativas e necessidades no momento”⁷¹.

Assim, no caso dos direitos sociais, o dinheiro público utilizado para a efetivação de um daqueles direitos, evidentemente, não poderá ser utilizado para outro, e a escolha se dará pela urgência ou conveniência do administrador público.

Ainda no contexto alemão, importante destacar que, de acordo com Sarlet e Figueiredo, a doutrina cita desdobramentos sobre o mínimo existencial, podendo ser esse a garantia de um mínimo fisiológico, indicando a necessidade de materiais básicos para uma existência condigna; ou a possibilidade de assegurar às pessoas um mínimo de inserção, assegurando a igualdade na vida social⁷².

Na Alemanha, segundo compreensão doutrinária e jurisprudencial, o cerne do mínimo existencial é constituído no direito à vida e na dignidade da pessoa humana, os quais abrangem, por exemplo, as condições básicas no que diz respeito às prestações referentes a alimentação, vestimenta, abrigo, saúde⁷³.

Sobre os limites do que caracterizaria uma existência digna, expõem Sarlet e Figueiredo:

De qualquer modo, tem-se como certo que a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a garantia de mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, nesta perspectiva, que se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ Idem.

⁷¹ Idem.

⁷² Idem.

⁷³ Idem.

existência. Registre-se, neste contexto, a lição de Heinrich Scholler, para quem a dignidade da pessoa humana apenas está assegurada “quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade”⁷⁴.

Por oportuno, vale ressaltar que o direito ao mínimo existencial no direito alemão desenvolveu-se com o tempo – não se eximindo totalmente, por óbvio, de críticas – culminando em constatações de relevância, as quais passo a destacar⁷⁵.

A primeira delas diz respeito ao chamado mínimo vital ou mínimo de sobrevivência. Essa característica indica a garantia da vida humana pautada somente na sobrevivência, sem obrigatória vinculação a uma qualidade de vida. Em suma, é necessária a tutela do indivíduo para que esse não sucumba com a fome. A outra constatação, nesse contexto, esclarece que a garantia de que o indivíduo não morra de fome, claramente, não garante o suficiente a uma vida digna⁷⁶ ou ao verdadeiro mínimo *existencial* e não, somente, vital.

Destaca-se, aqui, a inclinação desta autora a esta última descrição feita do mínimo existencial, na medida em que, como parte da doutrina entende, a exigibilidade dos direitos sociais está limitada à garantia de uma vida condigna.

Isso porque, no caso do direito à saúde, possui essa posição de destaque na Constituição, como já visto, por ser direito fundamental, devendo sua prestação ser garantida, contudo lembrando dos limites estatais, os quais serão discutidos posteriormente.

Nesse sentido, Ana Paula de Barcellos, entusiasta daquele mesmo entendimento, expõe que o mínimo existencial configura “um elemento constitucional essencial, pelo qual se deve garantir um conjunto de necessidades básicas do indivíduo”⁷⁷.

Ricardo Lobo Torres, nesse diapasão, indica que

A jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações materiais em favor dos pobres. Os direitos sociais máximos devem ser obtidos na via de exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático.

⁷⁴ Idem.

⁷⁵ Idem.

⁷⁶ Idem.

⁷⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 126.

Tendo em vista a restrição dos direitos sociais ao mínimo existencial e dessa exigência de prestações estatais positivas, as demandas – com enfoque as de saúde – são levadas ao Judiciário, como já visto anteriormente. Dessa forma, Sarlet e Figueiredo firmam posicionamento no sentido de que

o objeto e o conteúdo do mínimo existencial, compreendido também como direito e garantia fundamental, haverá de guardar sintonia com uma compreensão constitucionalmente adequada do direito à vida e da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional fundamental. Neste sentido, remete-se à noção de que a dignidade da pessoa humana somente está assegurada – em termos de condições básicas a serem garantidas pelo Estado e pela sociedade – onde a todos e a qualquer um estiver garantida nem mais nem menos do que uma vida saudável⁷⁸.

Vale destacar que esse é o entendimento predominante não só na Alemanha, como também no resto da Europa, podendo o Poder Judiciário daquele decidir sobre esse parâmetro mínimo existencial quando houver omissão ou desvio de finalidade dos outros poderes.

Dessa forma, “a liberdade de conformação do legislador encontra seu limite no momento em que o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna não for respeitado, isto é, quando o legislador se mantiver aquém desta fronteira”⁷⁹.

Esse padrão mínimo, pode ser, no pensamento desta autora e no caso apenas do direito à saúde, através da “*formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à **redução de riscos de doenças e de outros agravos** e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação*” (grifei), conforme determina o art. 2º, §1º da Lei 8.080/90, a qual regulamenta, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde.

Vale ressaltar que a *redução de riscos de doenças e de outros agravos*, de maneira nenhuma significará de que deve o Estado disponibilizar qualquer tratamento discricionário que seja reclamado aos entes públicos, como já visto no primeiro capítulo deste trabalho.

⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. Disponível em < http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/in-go_mariana.html>. Acesso em: 10 de mar. de 2017.

⁷⁹ Idem.

Assim, nesse momento, merece enfoque o argumento da reserva do possível, assunto que será tratado no próximo tópico, visto que no tocante à tutela e promoção dos direitos fundamentais sociais, é esse tema de grande relevância no debate sobre cobertura estatal de tratamento médico.

Contudo, antes de adentrar a sua caracterização e discussão, é importante destacar que a reserva do possível não pode ser considerada “como argumento limitativo daqueles direitos relacionados ao mínimo existencial, direitos prestacionais básicos à manutenção de uma vida digna⁸⁰”.

Ou seja, “os limites da reserva do possível não podem ser admitidos como argumentos de isenção do Estado na promoção de direitos inscritos na Constituição, em especial no caso do mínimo existencial⁸¹”.

Dessa forma, passo a expor, caracterizar e conceituar o argumento da reserva do possível.

2.2 A reserva do possível como restrição à prestação dos direitos sociais

O desenvolvimento da noção do termo de reserva do possível, assim como o de mínimo existencial, teve suas bases no direito alemão. Essa característica foi fundada na ideia de que a efetivação da prestação dos direitos sociais à população se daria sobre as reservas da capacidade financeira do erário.

Dessa maneira, a reserva do possível simbolizou que

a idéia de os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público⁸².

⁸⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 248.

⁸¹ CATARINO, João Ricardo. CRISTÓVAM, Jose Sérgio da Silva. *Políticas públicas, mínimo existencial, reserva do possível e limites orçamentários: uma análise a partir da jurisprudência dos tribunais no Brasil*. Ensaio: Direito Financeiro e Jurisdição Constitucional. Curitiba: Juruá, 2016. p. 126.

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. Disponível em < http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/in-go_mariana.html>. Acesso em: 10 de mar. de 2017.

Ademais, a reserva do possível teve sua gênese através de uma ação judicial que pleiteava que determinados estudantes cursassem o ensino superior público, com base no artigo 12, I, da Lei Fundamental Alemã, o qual, em síntese, garante aos alemães a liberdade de escolha de profissão, o local de trabalho e de aprendizagem. Desse caso, firmou-se entendimento “de que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade⁸³”.

Nesse sentido, determinou-se que, mesmo tendo o Estado os recursos necessários para oferecer determinada prestação, não cabe a este prestar algo que não se sustente nas balizas do admissível. Ou seja, não se poderia exigir do Estado que prestasse a alguém algo de que não tem direito, só porque detém de recurso suficiente para isso.

Destarte, para alguns doutrinadores, é evidente que a reserva do possível serve como limite às vontades discricionárias das pessoas em tema de direitos sociais de participação em benefícios estatais.

Contudo, Flávio Galdino entende que a reserva do possível é condição da própria existência do direito, como se vê:

Na medida em que o Estado é indispensável ao reconhecimento e efetivação dos direitos, e considerando que o Estado somente funciona em razão das contingências de recursos econômico-financeiros captados junto aos indivíduos singularmente considerados, chega-se à conclusão de que os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita⁸⁴.

Para Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo a reserva do possível apresenta uma dimensão tríplice, as quais compreendem

a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional-federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante a sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.

Dessa maneira, ao contrário de Flávio Galdino, esses dois autores posicionam-se no sentido de que a reserva do possível é limite fático e jurídico dos direitos fundamentais, podendo, ainda, em alguns casos, indicar uma garantia desses direitos. Isso

⁸³ Idem.

⁸⁴ GALDINO, Flávio. O custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 188.

porque o Poder Judiciário deve “zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais”⁸⁵, utilizando de cautela e responsabilidade máxima, levando em consideração o problema de escassez dos recursos públicos.

Ademais, diante da explanação da concepção de reserva do possível, importante destacar a inclinação desta autora ao entendimento de que não é admissível ao Estado evocar este conceito para se dispensar do cumprimento do mínimo existencial. Isso porque as necessidades dos cidadãos são “ilimitadas frente aos limitados recursos de que o ente estatal dispõe, mas este não poderia se valer da insuficiência de dotações para justificar sua inércia no campo de garantia de condições básicas de vida para a população, imprescindíveis para uma existência humana digna”⁸⁶.

Este, igualmente, é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, do qual se extrai a seguinte ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – MANUTENÇÃO DE REDE DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – DEVER ESTATAL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – **A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE COMROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197)** – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – **A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO** – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – A QUESTÃO DAS

⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. Disponível em < http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/in-go_mariana.html>. Acesso em: 10 de mar. de 2017.

⁸⁶ ACCIOLI, Ana Caroline dos Santos. ARABI, Abhner Youssif Mota. *A judicialização das políticas públicas e a escassez orçamentária*. Ensaio: Direito Financeiro e Jurisdição Constitucional. Curitiba: Juruá, 2016. p. 36-37.

“ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOUTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

(ARE 745745 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/12/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 18-12-2014 PUBLIC 19-12-2014 - grifei).

Dessa forma, sempre será necessária a análise rigorosa do caso concreto, a fim de que se garanta o direito à saúde ao que realmente faz jus ao deferimento da demanda judicial.

Nesse contexto, vale ressaltar que, para aceitar o argumento da reserva do possível, é exigida pelo Judiciário a real comprovação da alegação de carência de recursos, condição que é chamada por Eros Grau de *exaustão orçamentária*⁸⁷.

Assim, é necessária a ocorrência do princípio da proporcionalidade, o qual sobrevém nas ações citadas como proibição do excesso e da insuficiência. Nessa dupla definição, a proporcionalidade opera como critério de controle dos atos do poder público, até mesmo dos órgãos jurisdicionais, os quais devem agir pelo dever de tutela e efetivação dos direitos fundamentais. Isso denota

que os responsáveis pela efetivação dos direitos fundamentais, inclusive e especialmente no casos dos direitos sociais, onde a insuficiência ou inoperância (em virtude da omissão plena ou parcial do legislador e administrador) causa impacto mais direto e expressivo, deverão observar os critérios parciais de adequação (aptidão do meio no que diz com a consecução da finalidade almejada), necessidade (menor sacrifício do direito restringido) e da proporcionalidade em sentido estrito (avaliação da equação custo-benefício – para alguns, da razoabilidade no que diz com a relação entre os meios e os fins), respeitando sempre o núcleo essencial do(s) direito(s) restringido(s), mas também não poderão, a pretexto de promover algum direito,

⁸⁷ Ibidem, p. 37-38.

desguarnecer a proteção de outro(s) no sentido de ficar aquém de um patamar minimamente eficiente de realização e garantia do direito⁸⁸.

Ademais, para assinalar o aspecto processual da reserva do possível, indica Daniel Sarmiento – citado por Ana Caroline dos Santos Accioli e Abhner Youssif Mota Arabi – ser esta matéria de defesa e, por conseguinte, o ônus da prova em demonstrar que a concessão de determinada prestação se limita à reserva do possível, é do Estado, até porque não é justo que se exija do cidadão que exiba em juízo os dados orçamentários necessários para corroborar seu direito⁸⁹.

Por fim, no próximo tópico, passo a demonstrar a escassez orçamentária estatal, a fim de que, finalmente, se evidencie a hipótese básica desse trabalho, qual seja: ‘o Estado possui a obrigação de fornecer cobertura de tratamento médico no exterior em função do direito fundamental a saúde, apesar da limitação orçamentária?’

2.3 Limitação orçamentária

Nesse tópico, passo a evidenciar a importância da discussão das questões orçamentárias para a efetivação dos direitos fundamentais, temática essa que não deve ser tratada de forma secundária na concretização de tais direitos, como assevera Alexy ao indicar que “direitos fundamentais podem ter mais peso do que fundamentos de política financeira⁹⁰”.

Isso porque o orçamento público possui importância como ferramenta de política fiscal e de planejamento estatal e, por isso, não se deve separar o interesse financeiro do interesse estatal de consolidação dos direitos fundamentais.

Destarte, não se pode defender “que o interesse financeiro do Estado é secundário e deve ser sempre deixado de lado, sob pena de serem cometidas injustiças frente aos demais cidadãos que podem deixar de ter suas prestações atendidas pela falta de recursos suficientes⁹¹”.

⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. Disponível em <http://www.revistadoutрина.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutрина.trf4.jus.br/artigos/edicao024/in-go_mariana.html>. Acesso em: 10 de mar. de 2017.

⁸⁹ Ibidem, p. 38.

⁹⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 513.

⁹¹ CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. Orçamento e efetivação dos direitos sociais. Salvador: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, 2009. p. 4. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-19-SETEMBRO-2009-BASILE-GEORGES.pdf>>. Acesso em 27 de mar. de 2017.

Por certo, o art. 165 da Carta Magna determina o padrão brasileiro de orçamento, constituídos por três instrumentos: o plano plurianual; as diretrizes orçamentárias e; os orçamentos anuais.

Além disso, o art. 174 da Constituição Federal prescreve que “*o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado*”.

Nesse diapasão, têm-se claro, através da leitura do texto constitucional, que a elaboração de leis orçamentárias é de iniciativa do Poder Executivo. Os projetos das referidas leis serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional e, uma vez aprovados, conduzidos ao Presidente da República para sanção, promulgação e publicação no Diário Oficial.

Ademais, o art. 167, V, da Constituição, adverte sobre a vedação da “*abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes*”. Contudo, para compreensão do tema, é necessária a indicação da concepção e das classificações dos créditos adicionais, os quais, de acordo com o art. 40 da Lei 4.320/64 – que estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal – são aqueles em que as autorizações de despesa não são computadas ou são insuficientemente dotadas na Lei de Orçamento.

Por conseguinte, nos termos do art. 41 da mesma lei, “*os créditos adicionais classificam-se em: I - suplementares, os destinados a reforço de dotação orçamentária; II - especiais, os destinados a despesas para as quais não haja dotação orçamentária específica; III - extraordinários, os destinados a despesas urgentes e imprevistas, em caso de guerra, comoção intestina ou calamidade pública*”.

Para Accioli e Arabi, os créditos especiais possuem a finalidade de atender às “necessidades públicas surgidas no transcorrer do exercício financeiro, isto é, após a aprovação do orçamento, embora não sejam dotados de imprevisibilidade e urgência⁹²”. Assim, não incumbiria ao Poder Legislativo sua prévia autorização na Lei Orçamentária Anual, como acontece com o crédito suplementar, o qual, ao contrário, indica o imperativo de edição de uma lei específica para a sua aprovação.

⁹² ACCIOLI, Ana Caroline dos Santos. ARABI, Abhner Youssif Mota. *A judicialização das políticas públicas e a escassez orçamentária*. Ensaio: Direito Financeiro e Jurisdição Constitucional. Curitiba: Juruá, 2016. p. 42.

Nesse sentido, defendem tais autores que

o cumprimento das obrigações decorrentes de sentenças judiciais, com destaque àquelas que reconhecem o dever de prestar do Estado [...] deve se dar através de créditos especiais. Pois, assim sendo, eliminar-se-ia o problema da legitimidade democrática e da violação da separação dos poderes, já que haveria participação do Poder Legislativo, democraticamente eleito, na aprovação da respectiva verba. Nessa esteira, Ricardo Lobo Torres arguiu que, não havendo a dotação necessária à garantia do direito, o Legislativo deve abrir crédito especial, providenciando a anulação das despesas correspondentes aos recursos necessários (art. 166, § 3º, II e 167, V da CF)⁹³.

Assim, não se pode desconsiderar a crescente atuação do Poder Judiciário na efetivação de prestação dos direitos fundamentais, com destaque aos sociais. Nesse sentido, Accioli e Arabi expõem o tríptico aspecto do impacto da ação do Judiciário na concretização dos direitos fundamentais: a) o abalo direto ao orçamento público, visto que importa em gastos não planejados; b) o abalo indireto ao orçamento público, uma vez que se utiliza do Judiciário – também público – para oferecer atendimento ao cidadão; c) nas decisões que visam a prestação material de um direito fundamental, em sua maioria, os autores são beneficiários da justiça gratuita e, em consequência, não há recolhimento de custas⁹⁴.

Dessa forma, importante destacar que toda ação estatal implica em um gasto, ainda que consista só com a manutenção do aparelho estatal por detrás daquela ação. Assim, “todas as vezes que o Judiciário condena o poder público a realizar ações positivas que, portanto, demandam verbas, o poder público gasta verbas que poderiam estar sendo utilizadas para outro fim⁹⁵”.

Por óbvio que não se está aqui, ainda mais no que tange ao direito à saúde, a se quantificar vidas, indicando que uma valha mais que a outra. Fato é que, levando-se em consideração a limitação em que opera a reserva do possível, sempre sendo necessário o fornecimento do mínimo existencial – e não meramente vital, e a quantidade de demandas referentes à cobertura de tratamento médico que são levadas ao Judiciário, a determinação do fornecimento de um tratamento, necessariamente inviabilizará outro. E, certamente, nisso se envolvem casos em que aquele paciente – talvez em situação mais gravosa que outro – que

⁹³ Ibidem, p. 43.

⁹⁴ Idem.

⁹⁵ CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. Orçamento e efetivação dos direitos sociais. Salvador: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, 2009. p. 4. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-19-SETEMBRO-2009-BASILE-GEORGES.pdf>>. Acesso em 27 de mar. 2017.

não leva sua situação ao crivo judicial ficará aquém da espera via administrativa, enquanto outros são ‘passados na frente’, através da sentença.

Nesse sentido, introduz-se uma possível violação do princípio da igualdade na consolidação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário. Cabe ao juiz ultrapassar as contemplações feitas pelo Poder Legislativo, realocando recursos de uma política pública de caráter geral e aplicando-o à ocorrência individual, com o privilégio de um em detrimento de toda a coletividade?

Sobre a temática, opina Luís Roberto Barroso que

Tais decisões privariam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão; cada uma das decisões pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública. [...] As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial⁹⁶.

Tendo por base que a renda per capita é estreitamente relacionada ao nível educacional, quanto menos instrução tiver uma família, menos informação acerca de seus direitos terá e, em consequência, aquela disporá de menos acesso à justiça.

Dessa maneira, pensando-se em um grupo de pessoas hipossuficientes que necessitam de uma determinada cobertura de tratamento médico, sempre serão beneficiados os com menor nível de hipossuficiência, uma vez que tendo maior renda per capita, desfrutam de um maior nível de instrução.

Isso, obviamente, não significa que o menos hipossuficiente dessa linha não precisa do tratamento médico que pleiteia. Não é isso que se está a defender aqui. Porém, é necessário repensar tal sistema, visto que os que mais precisam, nunca serão alcançados pelos direitos fundamentais consolidados pela Constituição.

Assim, têm-se claro que o Judiciário vai realocar gastos orçamentários de forma a nunca suprir a demanda dos que mais carecem da devida alocação do recurso público,

⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para atuação judicial*. In: ACCIOLI, Ana Caroline dos Santos. ARABI, Abhner Youssif Mota. *A judicialização das políticas públicas e a escassez orçamentária*. Ensaio: Direito Financeiro e Jurisdição Constitucional. Curitiba: Juruá, 2016. p. 44.

e, destarte, nunca se dará uma solução para aqueles que só possuem a opção de esbarrar na negativa administrativa.

Nesse diapasão, inicia-se, no próximo tópico, a posição do Ministério da Saúde e os motivos que levam à posição no sentido do indeferimento dos pedidos de cobertura de tratamento médico no exterior do território brasileiro.

2.4 Indeferimentos dos pedidos de tratamento médico no exterior pelo Poder Executivo

Primeiramente, importante ressaltar que o posicionamento do Poder Executivo, sobre as ações judiciais de pedido de custeio de tratamento médico no exterior, é o de abordar situações totalmente diferentes de maneira indistinta, “como a de uma criança que necessita de um transplante para manter-se viva, com a de um portador de doença ocular que visa fazer procedimento carente de comprovação científica⁹⁷”, casos que serão discutidos em momento posterior adequado.

As negativas administrativas, utilizadas como argumento também nas demandas judiciais, se baseiam na Portaria n. 763 de 04 de julho de 1994, ainda vigente. Entretanto, para entendimento, necessário que seja analisado o histórico de portarias que tratam sobre o tema em questão.

Em 1989, foi editada a Instrução Normativa 4.396/89 do INAMPS - Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social, órgão hoje já extinto, que ordenava o que segue:

1. O tratamento médico no exterior só será considerado em caráter excepcional, sendo somente admissível quando esgotadas todas às possibilidades de tratamento dentro do território nacional.
2. As solicitações de Tratamento Fora do Domicílio no Exterior –TFD/E serão analisadas pela Direção Geral do INAMPS, onde deverão obter manifestação da Diretoria de Controle e Avaliação de Sistemas de Saúde e da Diretoria do Orçamento e Finanças, e obrigatoriamente submetidas à aprovação do Ministro⁹⁸.

⁹⁷ MACHADO, Guilherme Pinho. *O Superior Tribunal de Justiça e os pedidos de custeio de tratamentos médicos no exterior*. Dissertação (Mestrado Profissional em Justiça Administrativa) – Programa de Pós-Graduação em Justiça Administrativa - PPGJA, Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2013. p. 96.

Dessa forma, fica claro que eram viabilizadas pelo INAMPS o custeio de intervenções médicas fora do território brasileiro, desde que fossem ceifadas todas as possibilidades de tratamento no Brasil.

Todavia, esse posicionamento foi alterado pela Portaria n. 828 de julho de 1992, a qual afastou a possibilidade de cobertura de tratamento médico no exterior, indicando que: *“É vedada a concessão de auxílios financeiros por parte do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS para a realização de tratamento médico no exterior”*.

Em outubro do ano seguinte, sobreveio a Portaria n. 1236, que voltou a autorizar tais tratamentos, como se vê:

- I. O tratamento médico no exterior de pacientes residentes e domiciliados no Brasil somente será admissível quando esgotadas todas as possibilidades de tratamento a nível do Sistema Único de Saúde, nos diferentes níveis de governo.
- II. As solicitações para tratamento nas condições previstas no item anterior serão avaliadas pela Secretaria de Assistência à Saúde, que emitirá parecer conclusivo a respeito, submetendo o assunto à aprovação do Ministro da Saúde, em processo devidamente instruído.
- III. Em caso de autorização, deverão ser indicados pormenorizadamente os recursos financeiros adequados aos custeios das despesas.

Por fim, em 1994, foi editada a Portaria n. 763, já citada, a qual possui a seguinte redação: *“O Ministro de Estado da Saúde, no uso de suas atribuições, resolve: Revogar a Portaria Ministerial nº 1.236/GM, de 14 de outubro de 1993”*. Esse ato administrativo tem sido o principal e, algumas vezes, o único argumento utilizado pela Administração Pública na negativa da cobertura dos tratamentos médicos no exterior.

Assim, tem-se claro que a atual posição do Ministério da Saúde repousa, somente, “na revogação de anterior manifestação administrativa que possibilitava, caso não houvesse possibilidade de tratamento de determinada doença no Brasil, e em casos excepcionais, fosse ele custeado pelo Estado⁹⁹”, com a finalidade da realização do tratamento no exterior do território nacional.

Essa posição do Poder Executivo foi alvo de críticas pelo Ministro José Delgado, o qual asseverou que o Ministério da Saúde

não se referiu à existência, ou não, de meios, nem fundamentou específico indeferimento. Tudo resumiu-se, por manifestação de servidos subalterno, à

⁹⁹ Ibidem, p. 98.

singela invocação da Portaria 763. (...) Assim parece-me porque o direito à saúde, elencado como dever do Estado (art. 196, CF), deve ser obrigatoriamente considerado pelas autoridades competentes, e não fechado ao seu alvedrio, pela manifestação da assessoria, abruptamente, desviando o cumprimento da obrigação estatal¹⁰⁰.

Em outra situação, no Recurso Especial n. 338373 de origem do Estado do Paraná, que pugnava pelo ressarcimento das despesas oriundas de tratamento médico no exterior negado pelo Estado, retira-se do Voto da Ministra Laurita Vaz que a Administração Pública não restringiu sua argumentação somente à existência da Portaria n. 763/94. O Ministério da Saúde, na citada ação judicial, indicou que “à época dos fatos a concessão de auxílios financeiros para tratamento no exterior estava sustada e que não foi efetivado pedido oficial ao Ministério da Previdência Social”. Asseverou, ainda, “que possível o auxílio, este só caberia se solicitado previamente ao Ministério da Previdência e se atendidos os requisitos legais”.

Assim, expôs a Ministra Laurita Vaz sua crítica diante do pedido, posição esta que acabou vencedora naquele momento:

De início, cumpre ressaltar que, sem sombra de dúvida, estavam esgotadas todas as possibilidades de atendimento no país, bem como foi efetivado o aludido pedido perante a autoridade competente, que permaneceu silente, conforme restou sobejamente demonstrado pelo material probatório trazido aos autos e oportunamente analisado pelas instâncias ordinárias, descabendo na presente via especial o revolvimento de questões fático-probatórias.

Por outro lado, pretender que o fato de não ter havido autorização do órgão público exima o Estado da responsabilidade de indenizar, data maxima venia, equivale a sempre permitir, diante de atitude omissiva da Administração, a escusa. Convalidar-se-ia a isenção de responsabilidade toda vez que a autoridade estatal não se manifestasse em tempo hábil.

[...]

Com efeito, admitir-se que Regulamentos possam sustar, por completo, todo e qualquer tipo de custeio desses tratamentos excepcionais e urgentes equivale simplesmente a negar o direito fundamental à saúde e à vida, consagrados na atual Constituição Federal, nos seus arts. 5º, caput, 6º, e 196, e na anterior, no art. 150, sentenciando o paciente à morte.

No corpo do acórdão, a Ministra Laurita Vaz, para firmar seu posicionamento, cita o seguinte julgado:

"Não é lícito à Administração indeferir pleito a ela dirigido, referindo-se a vaga Portaria Ministerial. É necessário que a decisão explicita os fundamentos legais e constitucionais de sua decisão." (RMS 6.002/DF, Primeira Seção, rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ de 14/02/2000.)

¹⁰⁰ Idem.

Contudo, conforme indica Guilherme Pinho Machado, a decisão do Recurso Especial n. 338373/PR teve “margem apertada, com 3 (três) votos favoráveis, e 2 (dois) contrários, demonstrando que a questão relativa ao custo destes tratamentos no orçamento geral da saúde é importante para alguns julgadores¹⁰¹”, fato este que será evidenciado no capítulo 3 desse trabalho.

Importante, nesse momento, é a conclusão de que a posição do Poder Executivo ditada na negativa somente em um ato administrativo não tem grande aceitação pelo Poder Judiciário, e já foi demasiadamente criticada nos julgados pelo Brasil.

Ademais, o Ministério da Saúde, em sua defesa nos autos do Mandado de Segurança 8740, apresentou parecer sobre os motivos que culminaram na edição da Portaria n. 763 de 1994:

- "i) no Brasil são realizados atualmente quase todos os procedimentos determinados pela moderna tecnologia em saúde;
- ii) muitos dos tratamentos fora do País se revestem de caráter experimental;
- iii) existem diversos Centros de Excelência e Relevância para prestação de assistência médica realizada em nosso País;
- iv) as ações e serviços públicos de saúde preconizados pela Carta Magna estão consubstanciados na Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que exige do Estado ações e serviços de saúde, circunscritos tão-somente ao território nacional".

Entretanto, Guilherme Pinho Machado entende que “se formos analisar os motivos justificadores da Portaria 763/94, vemos que ela nada mais faz do que sustentar toda a base que fundamentava o regulamento anterior, que o próprio Ministério da Saúde revogou¹⁰²”. Isso porque, no pensamento do autor citado, a Portaria n. 1236/93

era bastante restritiva, e se baseava, exatamente, na inexistência de oferta do tratamento buscado no Brasil, por mais que aqui existam centros de excelência e procedimento modernos. Além disso, o regulamento não abria a possibilidade de realização de experimentos. Única novidade trazida na tese que fundamentou a Portaria reguladora, foi a de que a Lei 8080/90 não permitiria a realização de tratamentos médicos no exterior¹⁰³.

Esse posicionamento justificou-se, em suma, no art. 1º da Lei 8080/90, o qual explica que: “*Esta lei regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado*”. Nesse sentido, para Guilherme Pinho Machado, ao indicar o regulamento da lei *em todo o território nacional*, se está a determinar o

¹⁰¹ Ibidem, p. 100.

¹⁰² Ibidem, p. 101.

¹⁰³ Ibidem, p. 102.

caráter de uniformidade regional, e não o amparo da negativa de cobertura de tratamento médico no exterior pelo Estado.

Por outro lado, há quem defenda a Portaria n. 763/94, como é o caso do Ministro Castro Meira, em seu voto no Mandado de Segurança n. 8895/DF:

Embora todos estejamos de acordo quanto à questão dos direitos fundamentais, direito à saúde e dever do Estado, há um princípio na Economia que precisa ser lembrado: as carências são imensas e os recursos, limitados. **O Ministro da Saúde baixou uma portaria suspendendo os auxílios financeiros para tratamento no exterior, o que, certamente, não fez gratuitamente.** Qualquer Ministro gostaria de proporcionar aos cidadãos que vivem no País todos os meios possíveis para terem boa saúde e melhor qualidade de vida, mas os recursos não são suficientes e, como disse o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, o Estado brasileiro sequer tem recursos para atender às necessidades básicas (grifei).

Dessa forma, passa-se a análise jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, contudo, importante destacar, antes de adentrar ao capítulo terceiro desse trabalho, que os casos concretos analisados na jurisprudência devem sempre ser considerados com a devida acurácia, a fim de que realmente se garanta o direito à saúde ao cidadão individual e, concomitantemente, mantenha-se o equilíbrio de toda sociedade que paga pelo tratamento.

3 COBERTURA DE TRATAMENTO MÉDICO NO EXTERIOR PELO ESTADO, À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Primeiramente, importante ressaltar que se busca verificar aqui se a procura de cobertura de tratamento médico no exterior pelo Estado relaciona-se à carência de tecnologia adequada no Brasil ou de mera preferência do paciente, assim como se possui o Estado a obrigação de arcar com os custos inerentes ao tratamento pleiteado.

No ano de 2000, foi ajuizada pela menor Paola Martinez Torres a Reclamação n. 868 de origem do Distrito Federal, a qual possui acórdão proferido em Mandado de Segurança.

A autora, portadora de beta talassemia major, alegava omissão do Ministro da Saúde, uma vez que fora solicitado a ele, via liminar no Mandado de Segurança 6.002/DF, a imediata liberação ou sequestro dos recursos necessários para que a autora pudesse se submeter a transplante custeado com recursos da União.

Extrai-se do relatório do acórdão do Ministro Franciulli Netto que:

Após diversos anos de tratamentos paliativos com sucessivas transfusões de sangue e uso de medicamentos caríssimos para evitar o falecimento, determinou-se que a única chance de sobrevivência consistia em transplante de medula óssea, usando-se como fonte de células progenitoras as do sangue do cordão umbilical, acarretando na decisão de seus pais de gerar um novo filho, nascido no Centro Médico "Duke University Medical Center", na cidade de Durhan, no Estado da Carolina do Norte, nos Estados Unidos da América, onde seu cordão umbilical foi congelado para ser usado, como foi, no transplante aludido.

Dessa forma, adveio o pedido de custeio governamental à autoridade reclamada, a qual alegou a proibição do tratamento no exterior, advinda da Portaria n. 763/94 do Ministério da Saúde.

No mandado de segurança, impetrado naquele momento, foi concedida a ordem, a qual foi comunicada ao Ministro da Saúde em 04.05.99, a fim de "afastar a Portaria, como único óbice ao exame da pretensão manifestada pela Impetrante, determinando se prossiga no exame do pedido, explicitando os fundamentos legais e constitucionais de sua decisão".

Tal decisão foi desconsiderada totalmente por dezoito meses pelo Ministério da Saúde e, dessa forma, a fim do cumprimento da ordem, foram feitos diversos contatos com a Administração Pública no sentido de dar observância ao determinado na decisão judicial.

Assim, permanecendo o descaso do Poder Executivo, sobreveio ajuizamento da presente Reclamação em 27.10.2000, pugnando pela procedência da demanda, a fim de cominar multa diária de cinco mil reais pelo descumprimento da decisão, bem como a determinação de prisão da autoridade reclamada, por flagrante delito de desobediência à ordem judicial, ou outra medida julgada adequada pela Corte.

No caso, o tratamento, estimado na época em cerca de cem mil reais, acabou sendo custeado pelo Ministério da Saúde, tendo, inclusive, o Ministério Público Federal opinado pela perda do objeto da Reclamação, a qual, no fim, foi julgada improcedente.

Contudo, da análise dos autos, retira-se que foi considerada a ilegalidade da Portaria n. 763/94, porém não se procurou averiguar se a família tinha ou não condições financeiras de arcar com o transplante. Sobre o caso, manifesta-se, sabiamente, Guilherme Pinho Machado:

Vê-se que os pais da paciente, com o objetivo de encontrar medula de doador compatível, sem o custeio estatal, gerou uma filha nos Estados

Unidos. Em que pese isso permita presumir não se enquadrar à família no conceito de hipossuficiência, **em nenhum momento tal foi levantado pelos Ministros, que consideraram, unicamente, que não havendo tratamento no Brasil, ele deveria ser realizado nos Estados Unidos, e às expensas do SUS.** (grifei)

O contrário ocorreu no Mandando de Segurança n. 8740, de origem do Distrito Federal, impetrado, no final de 2002, pela menor Pryscila Santos Loureiro Reis também contra ato do Ministro da Saúde, em decorrência da negativa do tratamento através da Portaria n. 763/94.

A autora, portadora de mielomeningocele infantil, pleiteou o tratamento de sua moléstia através do uso do aparelho RGO – Reciprocating Gait Orthosis, o qual era produzido, com exclusividade, por um hospital em Chicago – EUA.

Com a promoção de campanhas e recursos próprios, a família obteve, em 1999, o aparelho junto ao hospital. Contudo, em 2002, o referido aparelho já não atendia mais as necessidades da impetrante.

Dessa forma, foi solicitado ao Poder Executivo o custeio do aparelho, devido às adaptações necessárias pelo desenvolvimento da criança, o qual foi negado através da Portaria n. 763/94.

Extraí-se do relatório do Ministro João Otávio de Noronha, detalhes presentes nos autos:

Em 12/07/2002, novo ofício do Ministério da Saúde, complementando a comunicação anterior, recomenda o "encaminhamento da menor às entidades que prestam assistência em reabilitação, em específico à Sociedade Brasileira de Medicina Física e Reabilitação, localizada em São Paulo, de forma a verificar a possibilidade de um substituto para o referido aparelho" (fl. 21).

A Santa Casa de Misericórdia de São Paulo, após a avaliação da criança, observou que "a órtese já não está em tamanho adequado, necessitando de nova órtese. No entanto, a oficina ortopédica da Santa Casa de Misericórdia de São Paulo não confecciona tal órtese" (fl. 23, frente e verso).

Em vista do exposto, foi requerida a segurança para que fosse reconhecida a ilegitimidade da Portaria n. 763/94 e, conseqüentemente, o custeio do tratamento à impetrante pelo Estado.

Do voto do Relator Ministro João Otávio de Noronha, retira-se que foi analisada a hipossuficiência da impetrante, uma vez que esse afirma que: *"A família não possui recursos financeiros suficientes para fazer face ao tratamento da doença, sequer para*

bancar a aquisição do indigitado aparelho, motivo pelo qual pleiteia, via do presente mandado de segurança, que o Estado arque com as despesas necessárias”.

Dessa forma, e com fulcro nos artigos 196 e 217 da Constituição Federal, indicou o Ministro João Otávio de Noronha que:

A despeito de reconhecer méritos na conduta da Administração, sobretudo porque são conhecidas de todos nós as dificuldades enfrentadas pelo Ministério da Saúde, diante da escassez de recursos reservados para o atendimento de milhões de doentes, necessitados de cuidados médicos, no País, é certo que **não se pode generalizar a aplicação da regra, a ponto de abandonar, à sua própria sorte, aqueles que, comprovadamente, não podem obter o tratamento adequado dentro das fronteiras do país.**

[...]

De fato, a documentação acostada pela impetrante demonstra, sobejamente, que o aparelho médico denominado "RGO - Reciprocrating Gait Orthoosis" **é de fundamental importância para a sua sobrevivência, com um mínimo que seja de qualidade de vida. Quanto à possibilidade de se obter o aparelho em alguma instituição médica sediada no País, é a própria Secretaria de Assistência à Saúde, órgão do Ministério da Saúde, quem atesta, no item 2 do Ofício GS/Nº 924, de 12.07.2002, que "não é ele confeccionado na Rede Sarah ou no País" (grifei).**

Assim, com base no argumento da não existência do tratamento em território brasileiro e da hipossuficiência da autora no custeio do aparelho, foi dado provimento jurisdicional ao caso.

Por sua vez, o Recurso Especial n. 338373/PR, já tratado superficialmente no capítulo 2 – item 4 deste trabalho, teve como recorrente a União, a qual posicionou-se contrária ao acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o qual julgou procedente a ação que visava *“ressarcimento de despesas efetuadas com tratamento médico no exterior, por considerar presentes os requisitos: indicação médica, urgência e esgotamento dos meios disponíveis no País visando a sobrevivência do enfermo”*, conforme se retira do relatório da Ministra Eliana Calmon.

No caso, foi verificado que a filha do autor, desde seu primeiro ano de vida, em 1987, era portadora de leucemia linfóide aguda. Assim, em 1988, após alguns tratamentos sem o resultado esperado, os médicos que acompanhavam a paciente indicaram à família a realização, com urgência, de transplante de medula óssea.

Dessa forma, foi encontrada a doadora da medula, que era a irmã da paciente. Assim, conforme se extrai do voto da Ministra Laurita Vaz,

a família dirigiu-se ao Hospital de Clínicas da Universidade Federal do Paraná, à época único centro capacitado no Brasil, onde receberam do Dr. Ricardo Pasquini, Coordenador da Unidade de Transplante de Medula Óssea, o mesmo diagnóstico anterior, dando conta da intensa agressividade da doença, indicando como única opção de tratamento o aludido transplante, bem como a informação de que, a despeito de o Hospital estar habilitado para o procedimento cirúrgico, havia uma grande demanda e longa lista de espera, razão pela qual não se poderia garantir que o atendimento pudesse ser realizado em tempo (declaração à fl. 92). Destarte, dada a urgência do tratamento, somente fora do país poderia se tentar a operação.

À vista disso, a família procurou uma clínica nos Estados Unidos que ofertava tal tratamento e, em consequência, buscou o custeio do mesmo ao Presidente do INAMPS, ao Governador do Estado e à Legião Brasileira de Assistência, tendo essa última ofertado dez mil dólares para a efetivação do tratamento. Os familiares não obtiveram resposta do INAMPS.

Assim, a família promoveu campanhas e levantou esforços, consistentes na venda de bens e contração de empréstimos, a fim de levantar os custos do tratamento no exterior.

Concretizado o transplante, a paciente veio a falecer, já em solo brasileiro. Independente disso, no começo de 1993, foi ajuizada ação condenatória de cobrança, com vistas a reaver os valores gastos com o tratamento médico no exterior, no valor de oitenta e cinco mil duzentos e sessenta e sete dólares, uma vez que devido à urgência não se pode, naquele momento, aguardar uma decisão definitiva da Administração Pública.

Destarte, o TRF-4, por votação unânime, entendeu que: *"é devido o ressarcimento de despesas com tratamento médico no exterior quando comprovados a indicação médica, a urgência e o esgotamento dos meios disponíveis no País, visando a sobrevivência do enfermo"*.

Irresignada, a União interpôs o Recurso Especial n. 338373, de origem do Paraná, sob o argumento, em suma, de que o tratamento no exterior é efetivado em caráter excepcional, somente após esgotadas as possibilidades de atendimento no Brasil, e, além disso, subordinado às disponibilidades orçamentárias do INAMPS.

O Recurso Especial n. 338373, ao final, não foi conhecido com três votos favoráveis e dois contrários. Dessa forma, importante destacar os argumentos de alguns dos ministros votantes, uma vez que, como já indicado no item 2.4 deste trabalho, é importante para alguns julgadores o valor gasto para a efetivação dos tratamentos no exterior no orçamento geral.

A Ministra Eliana Calmon, em sua argumentação pela não responsabilidade do ressarcimento, toca no fator orçamentário da discussão, indicando que

O serviço médico-social, prestado pela UNIÃO através da Autarquia competente para tal, obedece a critérios próprios do serviço, e **deve estar jungido à disponibilidade financeira do órgão**. Não se trata aqui de um seguro, onde há um contrato impondo a obrigação de dar assistência médica. Nesta relação contratual não há o que se questionar.

Entretanto, quando se fala em contraprestação do serviço médico prestado pelo Governo, **não se deve perder a visão de que se trata de uma Autarquia com gastos previstos em um orçamento, não sendo possível assumir a entidade compromissos além da sua disponibilidade**.

[...]

Na hipótese, inexistiu a autorização, o que, segundo minha ótica, exime de responsabilidade indenizatória o órgão público.

É preciso que se tenha sempre presente que a medicina social praticada pelo Poder Público tem, necessariamente, de fixar critérios para os atendimentos excepcionais, que estão autorizados em lei (grifei).

O Ministro Francisco Peçanha Martins, por sua vez, acompanhou o entendimento acima, esclarecendo que

a saúde das pessoas estará sempre na medida das disponibilidades do Estado. Não podemos, em um tratamento que estaria fora do contexto da massificação, estabelecer privilégios. Penso que precisamos examinar essa questão com bastante cuidado.

Deferi, por exemplo, a distribuição de remédios para a epidemia da Aids, que é feita a quem deles necessite. Penso que o Estado tem a obrigação e está acudindo essa questão talvez com o programa mais sério que existe no mundo inteiro.

O tratamento diferenciado para custeio de determinadas operações no exterior, ainda que visando ou não o adiamento da morte, parece-me que não seria ainda o caso de estabelecermos essa diferença.

No caso concreto, trata-se de reembolso sobre despesas que foram feitas, e quem pode fazê-las não se insere na qualificação de miseráveis a que atende o SUS neste País. A obrigação tinha o pai de fazer; o Estado, até determinado momento, cumpriu a sua obrigação, talvez não com a presteza necessária (grifei).

Esse não foi o entendimento da Ministra Laurita Vaz, a qual criticou a Portaria n. 736/94, como já visto, mas também expôs sua argumentação posicionando-se a favor da responsabilidade de ressarcimento do tratamento no exterior pela União:

No caso em testilha, vale reprisar que a situação da paciente, uma menina em tenra idade, era de extrema gravidade e exigia, conforme claramente evidenciado, a realização, com urgência, de um transplante de medula óssea, sendo esse procedimento a única chance de salvá-la.

Ora, diante desse cenário, desassistidos pelo Estado em face do seu silêncio eloqüente, continuaram os pais a luta pela sobrevivência de sua filha,

optando pela única escolha existente, qual seja, o tratamento no exterior, apontada pelo próprio Médico-Coordenador do único Hospital público capacitado, onde, como já dito, não havia possibilidade de atendimento no momento certo.

É de todo absurdo supor que algum pai ou mãe, em situação similar, devesse permanecer inerte, aguardando a resposta do Estado, cômico de que a passividade implicaria, na hipótese, a renunciada morte do ente querido.

Assim, em virtude da amplitude dos direitos em discussão, o Ministro Paulo Medina pediu vista dos autos, para análise mais apurada da divergência entre os ministros.

Argumentou o Ministro pela estipulação dos créditos adicionais referidos na Lei 4.320/64, aqueles citados no item 2.3 deste trabalho, a fim de que o Estado passasse a arcar com os tratamentos no Exterior que fossem cabalmente confirmados de necessidade do paciente. Dessa forma, sobrepôs os direitos fundamentais à argumentação de limitação orçamentária, como se vê:

A referida lei, que estabelece "normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, Estados e Municípios" prevê, no seu art. 40, a estipulação de créditos adicionais (suplementares, especiais e extraordinários - art. 41, Lei 4.320/64), para fazer frente a autorizações de despesa não computadas ou insuficientemente dotadas na Lei do Orçamento.

Em outras palavras, **inexistente dotação suficiente para determinada despesa, não resta o administrador público de mãos atadas, podendo valer-se dos instrumentos legais postos à sua disposição.**

O óbice resvala, no caso, para a inexistência de vontade política para dar cumprimento e efetividade aos ditames constitucionais. Isso não bastasse, **as alegadas justificativas, burocráticas ou técnicas, sucumbem diante dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, quais sejam, os direitos à vida e à saúde** (artigos 5º, caput, 6º e 196, CF).

[...]

Dessa forma, ainda que se entendessem pertinentes as alegações de natureza orçamentária e inexistentes instrumentos legais para contorná-la, aplicáveis ao caso seriam as disposições constitucionais, privilegiadoras dos direitos fundamentais invocados.

O posicionamento a favor da efetivação dos direitos fundamentais a qualquer custo, foi seguido pelo Ministro Franciulli Netto, o qual assim expôs:

É de bom conselho registrar que, conquanto os fatos que deram origem à propositura da ação se tenham dado no período de vigência da Constituição anterior, não se pode olvidar da máxima pela qual não há direito adquirido (no caso presente, de não autorizar) contra direito fundamental, motivo pelo qual, ainda que violado um direito fundamental durante a vigência de Constituição que não o contempla, uma vez vigorante nova ordem, persistindo a lesão, deverá ser ela reparada.

De qualquer forma, ao proteger o direito à vida (caput do art. 150), a Constituição Federal de 1967 também garantia à filha do recorrido o direito

ao tratamento no exterior. Além disso, o próprio Decreto n. 89.312/84, por seu artigo 60, ressalva a possibilidade do reembolso mesmo sem autorização anterior, quando, em caso de força maior, o tratamento não poderia esperar a solução administrativa do pedido.

O silêncio do INAMPS, dadas as peculiaridades e a urgência que o caso requeria, em face da pertinaz e insidiosa moléstia, pode perfeitamente ser entendido como aquiescência, em face da necessidade premente de uma resposta que, dentro de prazo razoável, não foi dada por escrito.

Impõe-se observar, igualmente, que, para o desate da presente controvérsia, pouco importa que a menina tenha posteriormente falecido ou que se trata de mero pedido de reembolso, uma vez que, se hoje não há urgência, na época houve e a sua família envidou todos os esforços para providenciar os recursos para a realização do transplante, que, em última análise, era dever do Estado fornecer.

Sobre os casos até aqui citados, conclui Guilherme Pinho Machado que

nos primeiros dois casos os pedidos se basearam na absoluta falta de oferta no Brasil de tratamento para as doenças apresentadas. Apesar disso, [...] a Administração Pública negou o custeio dos tratamentos, decisões estas que por fim não prevaleceram, já que o STJ acolheu os pleitos. No caso da menina paranaense com Leucemia, o sistema não pôde atendê-la pelo excesso de demanda, resultando em situação absolutamente inusitada, onde foi mais rápido realizar o transplante nos Estados Unidos, do que esperar para realizá-lo no Brasil¹⁰⁴.

Nessa toada, passa-se a analisar os casos de retinose pigmentar – doença ocular rara, progressiva e que pode levar à cegueira, que culminou nas ações de pedido de custeio de tratamento médico no exterior de maior demanda no Judiciário, no início do século – visto que a discussão não se restringe à inexistência de tratamento no Brasil, mas da possibilidade de cura da intervenção feita em Cuba para tal moléstia, fator que difere esses casos das lides já avaliadas anteriormente.

A primeira ação que chegou ao Superior Tribunal de Justiça discutindo a questão dos portadores de retinose pigmentar foi o Recurso Especial n. 509753, de origem do Distrito Federal, interposto pela União.

Os recorridos impetraram ação contra ato do Secretário de Assistência à Saúde do Ministério da Saúde, a fim de obter o custeio do tratamento em Cuba, pedido este que fora, anteriormente, indeferido administrativamente com fundamento na Portaria n. 763/94. Os autores obtiveram o deferimento da liminar, a qual foi, posteriormente, cassada pela sentença, entretanto a ordem foi concedida, em segunda instância, pelo Tribunal Federal da 1ª Região.

¹⁰⁴ MACHADO, Guilherme Pinho. *O Superior Tribunal de Justiça e os pedidos de custeio de tratamentos médicos no exterior*. Dissertação (Mestrado Profissional em Justiça Administrativa) – Programa de Pós-Graduação em Justiça Administrativa - PPGJA, Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2013. p. 91.

Assim, o ente estatal ofereceu Recurso Especial, sob o fundamento, em suma, de que, conforme se retira do relatório do Ministro José Delgado,

é inconcebível que o Estado custeie tratamento médico, a ser realizado no exterior, quando idêntico tratamento se realiza no Brasil, por profissionais cujas habilidades e técnicas utilizadas são indiscutíveis, como se percebe das informações contidas em correspondência do Presidente da Fundação Brasileira de Reabilitação Visual, situada em Belo Horizonte, e do Presidente do Conselho Brasileiro de Oftalmologia”.

A referida carta do Presidente da Fundação Brasileira de Reabilitação Visual e do Presidente do Conselho Brasileiro de Oftalmologia afirma que:

1. A retinose pigmentar é uma doença ainda sem etiologia perfeitamente esclarecida, sendo exaustivamente estudada e pesquisada em todo o primeiro mundo, sendo gastos milhões de dólares nestas pesquisas, conduzidas principalmente nos Estados Unidos, Inglaterra, Alemanha e Rússia.
[...]

6. Agora o aspecto mais importante é que **esta mesma técnica é realizada em nosso país**, por oftalmologistas brasileiros que estiveram na Rússia com o Prof. ERNEST MUI DASHEV, e utilizam os *alloplants* na tentativa de conter o curso da retinose pigmentar, mas **sem promessa de resultados milagrosos e principalmente a custos 5 vezes menores que em Cuba**, e sem a necessidade de viagem internacional, acompanhantes, etc.

Ademais, alegou a União que, consoante o art. 1º da Lei 8.080/90, *"as ações do SUS são circunscritas ao território nacional"*, não existindo, assim, *"autorização legal para a realização de tratamento médico no exterior"*.

Por conseguinte, vale ressaltar que, apesar do parecer do Conselho Brasileiro de Oftalmologia, principal entidade representativa da especialidade no país, indicando expressamente que a técnica requerida poderia ser feita, de igual modo, no Brasil e, mesmo assim, não existia promessa de resultados milagrosos para tal tratamento, sobreveio o voto, que restou vencido, do Ministro José Delgado indicando que

apesar das afirmativas de que a mesma técnica utilizada no exterior é empregada no Brasil, é evidente, também, que as mesmas não estão atingindo o resultado esperado, conforme se depara da própria Carta acima transcrita.

Não obstante a alegação que faz, a União não indicou em qual Clínica ou Hospital nacionais poderiam os impetrantes realizarem seus tratamentos, ou qual profissional estaria habilitado para efetuar o tratamento no território brasileiro.

Por outro lado, os laudos constantes às fls. 23/24, 31/32 e 39/41 afirmam, categoricamente, que, no Brasil, não há qualquer tipo de tratamento até o presente momento, e que os impetrantes fazem atualmente (à época do fornecimento do atestado) tratamento em Cuba.

Assim, observo que, em face do princípio constitucional à saúde, deve prevalecer a possibilidade, ainda que remota, do tratamento ser realizado em Cuba, por ser reconhecidamente o país que, atualmente, vem conseguindo os melhores resultados no tratamento da doença.

Por fim, o recurso não foi conhecido por três votos contra dois, uma vez que o acórdão recorrido amparava-se apenas nos fundamentos constitucionais, afastando a aplicação das normativas infraconstitucionais advindas da Portaria n. 763/94 e da Lei 8.080/90, o que ensejou no posicionamento de que matéria constitucional não é suscetível de reexame em recurso especial.

Contudo, importante é o destaque de que a discussão acerca da possibilidade de tratamento de retinose pigmentar em solo brasileiro foi inserida nesses moldes.

Em 2003, foi provido o Recurso Especial n. 353147, de origem do Distrito Federal.

No caso, o recorrente Carlos Eduardo dos Santos Alvim havia impetrado, anteriormente, Mandado de Segurança contra ato do Secretário de Assistência à Saúde do Ministério da Saúde, a fim de conseguir auxílio financeiro para a continuação tratamento em Cuba, que fora iniciado por força da liminar, tendo sido, contudo, cassada em primeiro grau, com decisão confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

O Ministro Franciulli Netto, em seu voto vencedor, basicamente, indica que o acórdão do TRF-1 foi fundamentado sob à luz das disposições infraconstitucionais, assim, expôs o Ministro que “defronte de um direito fundamental, cai por terra qualquer outra justificativa de natureza técnica ou burocrática do Poder Público”, colocando a Constituição em foco e acima da questão. Além disso, o Ministro, com base nesse argumento citado, empregou, também, o desapoio à Portaria n. 763/94.

Tal posicionamento foi seguido pelos Ministros Laurita Vaz, Paulo Medina e Francisco Peçanha Martins, por conseguinte, restou vencida, na ocasião, a Ministra Eliana Calmon.

Dessa forma, têm-se o primeiro caso de deferimento de pedido de tratamento de retinose pigmentar em Cuba, apesar do já conhecimento, pela Corte, daquele parecer do Conselho Brasileiro de Oftalmologia.

Outros casos relativos a retinose pigmentar foram julgados pelo STJ, sendo necessário indicar o deferimento das ações que adentraram à Corte após à realização do tratamento em Cuba, as quais obtiveram amparo em decisões de instâncias inferiores. Essas ações se repetem nos pedidos e nos fatos expostos pelos autores.

Nos autos do Mandado de Segurança 8895/DF, que ficou conhecido por dar legitimidade à Portaria n. 763/94, evidencia-se outro episódio de pedido de cobertura de tratamento da retinose pigmentar em Cuba.

Nesse caso, a Ministra Eliana Calmon expôs, a respeito do parecer do Conselho Brasileiro de Oftalmologia e da Portaria n. 763/94, que o autor,

por conta própria, submeteu-se a cuidados médicos no Centro Internacional de Retinosis Pigmentaria em Cuba e pretende que a continuidade do tratamento seja custeada pelo SUS.

Ocorre que a Coordenação Geral de Sistemas de Informação Hospitalar e Ambulatorial, segundo parecer do Conselho Brasileiro de Oftalmologia, considera de não-comprovação científica os tratamentos da retinose pigmentar.

Segundo parecer do Conselho Brasileiro de Oftalmologia (doc. fl. 23), datado de 1º/8/94, a doença oftalmológica de que trata os autos é de origem hereditária e não há comprovação científica quanto à eficácia dos tratamentos clínicos ou cirúrgicos realizados, visto que as pesquisas científicas relatadas pela literatura médica apontam a ineficácia dos referidos tratamentos.

Com base no parecer técnico, o Ministro da Saúde baixou a Portaria 763, em cujo esteio indeferem-se os pleitos de tratamento no exterior.

Há ainda, nos autos, cópia de ofício do Presidente do Conselho Brasileiro de Oftalmologia, datado de 11/1/2000, no qual afirma o Dr. Marcos Ávila: “..., não existe até o presente, em qualquer parte do mundo, tratamento para retinose pigmentar.” (doc.fl.22)

A autoridade coatora fez juntar aos autos artigo do Dr. Geraldo Vicente de Almeida, Presidente do Conselho Brasileiro de Oftalmologia, a época publicado no Jornal Oftalmológico "Jota Zero", de outubro/novembro 1997, no qual está em destaque o seguinte: *"As bases científicas e terapêuticas do tratamento caracterizam-se pelo primarismo. A utilização do desespero dos portadores da doença e de suas famílias como arma de marketing para induzir a viagem caras e tratamentos longos (seis a oito meses) e inconsequentes é simplesmente, repugnante."* (fl. 24)

Entendo que a recusa da autoridade coatora está devidamente respaldada na conclusão do órgão técnico que congrega os especialistas (grifei).

O saudoso Ministro Teori Albino Zavascki, na ocasião, utilizou-se de argumentos de grandioso saber sobre o caso, que resume parte da teoria desse trabalho, como se vê:

Estamos diante de um caso típico de direito fundamental social, os chamados direitos à prestação, que não são infinitos ou absolutos. Em qualquer país do mundo estão sujeitos às possibilidades do Estado. São, portanto, direitos “sob reserva de possibilidade social”, como os conceitua a doutrina (José Carlos Vieira de Andrade, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, 2ª ed., Almedina, p. 59).

Oxalá pudéssemos, em nome da Constituição, concedendo liminares, resolver os graves problemas brasileiros de saúde, de alimentação, de habitação, de educação. Claro que é muito angustiante a situação descrita nos autos. Quem não se angustia e se sensibiliza numa situação dessas?

Entretanto, que elementos temos no mandado de segurança para duvidar do ato da autoridade que diz que o tratamento pretendido não é recomendável cientificamente? Que autoridade, nós, juízes, temos para duvidar disso?

Não vejo como não considerar legítima a opção do administrador, ainda mais fundada no parecer. Ponhamo-nos no papel de quem tem o dever técnico de administrar a escassez de recursos num País pobre como o nosso, e de fazer as opções políticas para dar-lhes melhor destinação. Portanto, não há como ter presente, no caso, direito líquido e certo a obter do Estado a liberação da vultosa quantia necessária ao atendimento individual da impetrante.

Não há dúvida de que a saúde é um direito fundamental, mas, também é certo, não se trata de direito absoluto. Ele será atendido na medida das possibilidades, inclusive, financeiras, da sociedade. No caso, ademais, há uma recomendação técnica contrária, que o Judiciário não tem autoridade científica para contestar (grifei).

Dessa forma, restou a Ministra acompanhada pelos Ministros Teori Albino Zavascki, Castro Meira e Humberto Gomes de Barros. Vencidos, na ocasião, os Ministros José Delgado e Luiz Fux, que, respectivamente, argumentaram nos seguintes termos:

Não me impressiona a discussão científica a respeito porque não é o que está em jogo. O que me surpreende é que um cidadão está rigorosamente em vias de ficar cego, se já não ficou, sem direito à luz, sem direito ao sol, enfim, ao mínimo direito do cidadão, que é a visão.

Há uma passagem belíssima, que tinha de ser lembrada, do voto do Sr. Ministro Franciulli Netto, com a sua cultura e sensibilidade, de que o ser humano, realmente, é a única razão do Estado.

Certa feita, analisando um processo sobre o valor absoluto do DNA – obra da Editora Forense –, um dos autores usou uma frase felicíssima: "**Abaixo de Deus, absolutamente nada é infalível**"; **nem esse estudo que afirma que a retinose pigmentar é incurável** (grifei).

Por fim, entende-se necessária a exposição do entendimento do STJ sobre a restituição indevida dos tratamentos de retinose pigmentar no exterior, quando, no final de demanda judicial, o Estado obteve ganho da ação.

No Recurso Especial n. 950382/DF, retira-se que a União ajuizou ação condenatória de restituição de valores, contra Vantuir de Castro Ferreira e Roberta de Oliveira Sarkis, referentes aos valores de R\$ 150.026,39 e R\$ 22.426,39, liberados por determinação de antecipação da tutela concedida nos autos do Mandado de Segurança n. 2000.34.00.04268-1, em favor dos recorridos para o pagamento de tratamento de retinose pigmentar em Cuba.

O juiz de primeiro grau julgou improcedente o pedido, sob o argumento de que a posterior cassação da liminar decorrente da denegação da ordem no MS não justificaria, por si só, a devolução dos custos do tratamento, indicando, ademais, que "*a restituição só teria cabimento se houvesse prova de que os réus não viajaram a Havana, Cuba, desviando a*

utilização do dinheiro ou dele se apropriando indevidamente". Essa decisão foi confirmada pelo Tribunal, por votação unânime, em sede de recurso de apelação.

Na irresignação especial, pugnou a União, em resumo, pela incidência na demanda do atual artigo 876 do Código Civil de 2002, que explica que: *"Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir; obrigação que incumbe àquele que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição"*. Além disso, alegou enriquecimento sem causa proveniente do artigo 884 do CC .

No caso, o Ministro Luiz Fux entendeu, sobre o mérito, que

O paciente que, de boa-fé, consumou, em razão do deferimento de medida liminar em mandado de segurança, o tratamento no exterior da retinose, por meio de repasse de verbas públicas para tal mister, em razão do princípio da segurança jurídica e da aplicação da Teoria do Fato Consumado, não está obrigado à devolução do quantum repassado ainda que denegada a ordem e cassada a liminar anteriormente concedida.

[...]

Deveras, mister equiparar a verba recebida do SUS, de boa-fé, para fins de tratamento no exterior àquelas de caráter alimentar percebidas por servidores públicos, impondo, assim, sua irrepetibilidade.

Dessa maneira, sobreveio voto-vista do Ministro Teori Zavaski, o qual rebateu os argumentos de que a execução da determinação de entrega de quantia certa gera fato consumado, e de que há isonomia, no caso, em relação aos vencimentos recebidos de boa-fé pelos servidores públicos, da seguinte forma:

3.Em se tratando de provimento liminar consistente em determinação de entrega de quantia certa, é de se afastar o argumento de que sua execução gera fato consumado, tornando irreversível a situação. À toda evidência, a medida liminar tem caráter reversível, reversibilidade que se concretiza pela restituição dos valores adiantados aos requerentes. Entendimento contrário levaria a conclusões inconvincentes, inclusive a de que não haveria hipótese de concessão de qualquer liminar que importasse pagamento de quantia [...].O que pode ocorrer é a constatação da falta de capacidade financeira ou patrimonial dos requerentes para cumprir eventual determinação de restituir o que receberam por força da liminar. Para essa circunstância, entretanto, a própria norma processual tem a solução adequada, protegendo e blindando o devedor hipossuficiente com um regime amplo de impenhorabilidade (CPC, art. 649) e, se for o caso, com a própria suspensão dos atos executivos, nos termos do art. 791, III, aplicável subsidiariamente à execução de títulos judiciais (CPC, art. 475-R). Assim protegido, em hipótese alguma o devedor ficará sujeito a responder pela dívida com bens ou direitos de natureza alimentar ou indispensáveis à manutenção de uma vida digna. Em outras palavras, a solução da controvérsia posta nos autos prescinde de fundamentos de misericórdia ou de piedade para com o devedor, que não os invocou nem deles necessita, até porque aquelas virtudes, para um juiz em exercício da função jurisdicional, não podem ir além dos limites de magnanimidade fixados politicamente pelo legislador.

4. Também improcede, no caso, o argumento da isonomia em relação a vencimentos recebidos de boa-fé pelos servidores públicos, que, segundo doutrina e jurisprudência, não estão sujeitos a restituição. O argumento não procede por duas razões. Em primeiro lugar, porque a boa-fé que dá suporte à referida tese é a que se configura quando o pagamento de vencimentos é feito espontaneamente pela Administração em virtude de equivocada interpretação ou aplicação de lei, o que não é o caso. Aqui, a Administração pagou porque foi compelida a isso por medida judicial requerida pelos impetrantes e cujo atendimento era irrecusável, sob pena inclusive de cometimento de ilícito processual e penal (CPC, art. 14, V e parágrafo único). E, em segundo lugar, porque a invocação do fundamento isonômico conduziria a resultado exatamente oposto ao pretendido. É que a obrigação de restituir vencimentos recebidos por força de medidas liminares ou antecipatórias, ou mesmo de sentenças, posteriormente revogadas, tem previsão expressa no 3º do art. 46 da Lei 8.112/91, segundo o qual a restituição, em casos tais, deve se dar em valores atualizados. Aliás, há farta jurisprudência do STJ considerando legítima a restituição de valores assim recebidos [...].

[...]

5. Na verdade, a reposição do status quo ante é decorrência natural da revogação dos provimentos liminares e antecipatórios de qualquer espécie. É que a revogação da medida opera efeitos ex tunc, havendo, em relação ao mandado de segurança, até mesmo a Súmula 405 do STF a respeito: "Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária". A matéria tem, atualmente, disciplina legal expressa, aplicável a todas as medidas antecipatórias, sujeitas que estão ao mesmo regime da execução provisória (CPC, art. 273, 3º). Isso significa que a elas se aplicam as normas do art. 475-O do Código: o seu cumprimento corre por conta e responsabilidade do requerente (inciso I), que, portanto, tem consciência dos riscos inerentes; e, se a decisão for revogada, "ficam sem efeito", "restituindo-se as partes ao estado anterior" (inciso II). O mesmo ocorre em relação às medidas cautelares, cuja revogação impõe o retorno das partes ao status quo ante, ficando o requerente responsável pelos danos oriundos da indevida execução da medida (art. 811 do CPC).

Por sua vez, o Ministro Hamilton Carvalhido fundamentou sua argumentação nos seguintes moldes:

Não desconheço que, *in casu*, a liminar que deferiu o tratamento médico em Cuba restou revogada ante a improcedência da ação mandamental, tampouco que a jurisprudência desta Corte Superior, como aludido no judicioso voto divergente, se posiciona pela necessidade de restituição ao erário dos valores pagos por força de liminar, quando o provimento de urgência vem a ser cassado, restando invocada, inclusive, a Súmula desta Corte, enunciado nº 405:

[...]

Penso, contudo, que a singularidade da espécie requisita solução diversa. Os autores ajuizaram mandado de segurança, em abril de 2000, pleiteando seja arcado pelo Poder Público os gastos decorrentes do tratamento da doença denominada "retinose pigmentar" [...].

Verifica-se que a Segunda Turma desta Corte já se debruçou sobre caso semelhante, [...] julgado, à unanimidade, [...], em que o Relator, Ministro

Humberto Martins [...] observou que, naquele caso, a liminar havia sido deferida em 2001, época em que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se posicionava no sentido de que cabia ao Estado arcar com os custos do tratamento da retinose pigmentar em Havana - Cuba, sendo que, somente em 2004, quando do julgamento do MS nº 8.895/DF, Relatora Ministra Eliana Calmon, a Primeira Seção deste Tribunal Superior realinhou seu entendimento [...], de modo a não se mostrar cabível, depois de já realizado o tratamento e diante de posterior alteração jurisprudencial, a restituição de tais valores pelos particulares.

[...]

Diante de tanto, é de se afirmar efetivamente existente a boa-fé objetiva, princípio indubitavelmente aplicável também às relações entre o particular e o Estado, de modo que não vejo como determinar, em casos tais como o dos autos, a restituição dos valores pagos pela Administração Pública, [...] ônus a ser indevidamente arcado pelos recorridos, que, após consumado todo o tratamento médico de urgência, não podem ficar ao sabor de posteriores oscilações jurisprudenciais sobre a matéria, o que não se ajusta aos postulados constitucionais do direito à saúde, segurança jurídica, estabilidade das relações sociais e dignidade da pessoa humana, próprios do Estado social em que vivemos e fruto da opção garantista do legislador constitucional originário.

E, nesse passo, se o Superior Tribunal de Justiça tem afirmado a irrepetibilidade de prestações de caráter alimentício, como nos casos de servidor público e previdenciários, com mais razão há que se afirmar o incabimento da restituição no caso dos autos, em que se está a tratar da saúde, comprovada a urgência na consecução do tratamento pleiteado e a hipossuficiência financeira dos réus, como assentado no acórdão regional.

Em casos tais, portanto, e sem descurar da disposição processual vigente, como a reversibilidade das tutelas liminares, não há como penalizar os beneficiários, que nada mais fizeram do que buscar o direito fundamental à vida e à saúde, garantida constitucionalmente de forma integral e irrestrita, levando a cabo, pois, a verdadeira função estatal, que é a busca do bem-estar e o amparo aos seus cidadãos [...] (grifei).

Por óbvio que o que se discutiu nesses autos não merece maior análise nesse trabalho, que visa outro diagnóstico. Contudo, importante é destacar o entendimento da Corte no sentido da impossibilidade de restituição ao erário dos valores recebidos a título de determinação liminar de cobertura de tratamento médico no exterior de retinose pigmentar, sob o objetivo de evidenciar a insegurança jurídica que se tem nas decisões acerca do tema.

Posicionamento esse que se repete em precedente de relatoria do Ministro Gurgel de Faria, inclusive, do ano passado, como se vê no AgRg no AResp 99413/MG, do qual se extrai a ementa:

ADMINISTRATIVO. TRATAMENTO DE SAÚDE (RETINOSE PIGMENTAR) NO EXTERIOR (CUBA). MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR DEFERIDA. AÇÃO MANDAMENTAL JULGADA IMPROCEDENTE. REPOSIÇÃO AO ERÁRIO DOS VALORES RECEBIDOS A TÍTULO PRECÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A

alegação genérica de ofensa ao art. 535, II, do CPC/1973, desacompanhada de causa de pedir suficiente à compreensão da controvérsia e sem a indicação precisa dos vícios de que padeceria o acórdão impugnado, atrai a aplicação da Súmula 234 do STF. 2. Quanto à suposta violação aos arts. 1º e 4º da Lei 8.080/1990, o Tribunal de origem não emitiu juízo de valor sobre a matéria contida nos aludidos dispositivos, tampouco foram objeto dos embargos de declaração, incidindo, assim, as Súmulas 282 e 356 do STF. 3. Hipótese em que as agravadas receberam, por força de decisão liminar, valores do Ministério da Saúde para o custeio de tratamento médico oftalmológico no exterior, sendo a ação mandamental posteriormente julgada improcedente. 4. Não se afigura razoável exigir das agravadas a reposição do numerário recebido de boa-fé, ainda que em caráter precário, devido a urgência do tratamento cirúrgico, em virtude de a decisão judicial revogada já ter produzido seus efeitos de maneira definitiva, inviabilizando, assim, qualquer modificação pelo Poder Judiciário, em homenagem aos postulados constitucionais do direito à saúde, da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana. 5. Caso em que, na época da concessão da liminar (ano de 2000), a jurisprudência dos tribunais superiores era favorável ao custeio do tratamento de retinose pigmentar pelos cofres públicos, quando indispensável para evitar a cegueira completa dos portadores dessa doença. 6. Embora a orientação atual do Superior Tribunal de Justiça seja no sentido da possibilidade da repetição dos valores pagos pela Administração Pública, em caso de revogação da medida provisória, a fim de evitar o enriquecimento sem causa do beneficiário, o cidadão hipossuficiente não pode ser penalizado pelas oscilações jurisprudenciais ocorridas após a concessão da liminar. 7. Agravo regimental a que se nega provimento (grifei).

Dessa forma, resta claro o diverso entendimento dos ministros nas ações de pedido de cobertura de tratamento médico no exterior, baseados em discussões sobre o orçamento público, hipossuficiência, necessidade do tratamento no exterior, evidenciando-se as polêmicas em que pairam o tema.

CONCLUSÃO

Nesse momento, cumpre firmar o posicionamento desta autora sobre o tema deste trabalho.

Vale ressaltar que o tema habita sob um problema de falta de disposição e omissão da legislação, motivo pelo qual, enquanto não se legislar especificamente sobre a questão, nunca se terão respostas objetivas, visto que a lei infraconstitucional não dispõe de como deve atuar o Estado nos pedidos de cobertura de tratamento médico no exterior.

Ocorre que não há delimitação expressa e objetiva para o deferimento das demandas judiciais que envolvem o direito à saúde.

Dessa forma, para solucionar as demandas judiciais, acaba-se dependendo do “*achismo*” e do solipsismo de cada ministro, fator que culminou, como visto, na argumentação das decisões que determinaram a impossibilidade de restituição ao erário dos valores recebidos a título de determinação liminar de cobertura de tratamento médico no exterior de retinose pigmentar.

O que se percebe é que o Judiciário está proferindo decisões meramente subjetivas, apesar de haver divergência sobre o tema entre os ministros, os quais atentam ou à limitação orçamentária do Poder Executivo ou a supremacia do direito constitucional à saúde.

Dessa forma, vale questionar o papel do Superior Tribunal de Justiça como tribunal de unificação de decisões, visto que, diante da temática abordada, claro é que não se tem uniformidade na aplicação do direito à saúde ao caso concreto.

O que se enxerga é a necessidade de *sorte* do autor da demanda para que seu processo seja aportado na turma em que há mais ministros que baseiem suas decisões na superioridade da posituação do direito à saúde na Constituição e não levem em consideração nenhum fator de limitação do direito à saúde.

Entretanto, da análise que aqui se fez, primeiramente, defende-se que o direito à saúde é fundamental e possui posição de destaque entre os direitos sociais, ideia que provém da defesa de sua eficácia plena, conforme disposição do art. 196 da Constituição Federal.

Entretanto, tal pensamento não denota que o Estado deva fornecer qualquer tratamento solicitado pela população, uma vez que não deve entender que o Estado possui

obrigação de disponibilizar qualquer tratamento discricionário que seja reclamado aos entes públicos. Tal fato é alvo de variados argumentos que são tratados no segundo capítulo deste trabalho.

Dessa forma, indica-se a defesa do conceito de mínimo existencial baseado na garantia de uma vida condigna pelo Estado, em oposição à ideia de que é necessário a tutela só de um mínimo vital.

Contudo, ao interligar tal pensamento à reserva do possível, ou seja, a restrição da efetivação da prestação dos direitos sociais diante da capacidade financeira do erário, defende-se que o Estado não pode utilizar-se de tal argumento para dispensar o cumprimento do mínimo existencial.

Nesse sentido, importante destacar que, nas discussões sobre o tema deste trabalho, o fator limitação orçamentária, como se viu, detém o maior destaque. Dessa maneira, foi exposto a possibilidade de abertura de crédito adicional para a execução do direito à saúde, diante das diversas ações judiciais que exigem o fornecimento de tratamento médico. Vale ressaltar, inclusive, que este argumento é utilizado pelo Ministro Paulo Medina em um dos votos expostos no terceiro capítulo.

Com relação ao argumento de indeferimento administrativo utilizado pelo Poder Executivo, expôs-se o histórico das Portarias que se referem ao custeio de tratamento médico no exterior, sendo utilizada a Portaria n. 764/94 até os dias atuais.

Por fim, indica-se entendimento em sentido totalmente contrário ao dos votos dos Ministros José Delgado e Luiz Fux, provenientes dos autos do Mandado de Segurança 8895/DF.

Isso porque entende-se que o Judiciário não pode basear suas decisões, ainda mais no que se refere ao direito à saúde, em esperanças infundadas de cura – ou de teor espiritual – mas em análise, no caso, de estudos científicos de comprovação da eficácia da técnica terapêutica, aliado à real necessidade do paciente e sua hipossuficiência em não conseguir obter o tratamento com recursos próprios.

Isso em razão de que o Sistema Único de Saúde garante alguns tratamentos previstos em sua lista, e esses devem ser acessíveis a toda a população sem qualquer distinção, diante do acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, que preconiza o art. 196 da CF.

Entretanto, quando se busca a cobertura do tratamento que não está previsto na lista do SUS, deve-se atentar ao binômio necessidade/hipossuficiência do paciente, a fim de que não se entre na seara da discricionariedade e da preferência por determinado tratamento médico, tendo em vista que será custeado pela Administração Pública. Ademais, é necessário o esgotamento da utilização de procedimentos e medicamentos da lista, com a comprovação de sua ineficácia para o paciente.

No entender desta autora, essa deve ser a base para o fornecimento de qualquer tratamento pleiteado aos entes públicos, seja no exterior ou em território nacional, motivo este que leva ao pensamento de que algumas demandas devem sim ser custeadas pelo Estado.

Porém, no âmbito do tratamento no exterior, é preciso se atentar, ainda, ao fator de comprovação técnica do tratamento na cura, bem como da possibilidade de sua concretização em território nacional, para, somente quando esgotadas as opções terapêuticas no Brasil, se analise as alternativas de cobertura de tratamento no exterior.

É evidente que o desespero, oriundo do insucesso de variados tratamentos em que já se submeteu o paciente, leva os autores das demandas a solicitarem ao Estado longos tratamentos sem comprovação técnica, os quais necessitam de viagens absurdamente caras.

Por fim, – apesar do perigo em que paira essa afirmativa, uma vez que leva ao pensamento de que se está a quantificar vidas, o que não é objetivo aqui – ousa-se reconhecer que com esses valores investidos em solo brasileiro, muitas vezes, poder-se-ia resolver o problema da precária infraestrutura interna de atendimento à saúde, garantindo este direito fundamental a um maior número de brasileiros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLI, Ana Caroline dos Santos. ARABI, Abhner Youssif Mota. A judicialização das políticas públicas e a escassez orçamentária. Ensaio: Direito Financeiro e Jurisdição Constitucional. Curitiba: Juruá, 2016.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

ASENSI, Felipe Dutra. PINHEIRO, Roseni (Org.). *Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

CATARINO, João Ricardo. CRISTÓVAM, Jose Sérgio da Silva. *Políticas públicas, mínimo existencial, reserva do possível e limites orçamentários: uma análise a partir da jurisprudência dos tribunais no Brasil*. Ensaio: Direito Financeiro e Jurisdição Constitucional. Curitiba: Juruá, 2016.

CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. *Orçamento e efetivação dos direitos sociais*. Salvador: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, 2009. p. 4. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-19-SETEMBRO-2009-BASILE-GEORGES.pdf>>. Acesso em 27 de mar. de 2017.

CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2014. FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Direitos Humanos Fundamentais*. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

GLOBEKNER, Osmir Antonio. *A saúde entre o público e o privado: a questão da equidade no acesso social aos recursos sanitários escassos*. Universidade Federal da Bahia, 2009.

MACHADO, Guilherme Pinho. *O Superior Tribunal de Justiça e os pedidos de custeio de tratamentos médicos no exterior*. Dissertação (Mestrado Profissional em Justiça Administrativa) – Programa de Pós-Graduação em Justiça Administrativa - PPGJA, Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2013.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo e eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n° 10, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 de jul. de 2006.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. Disponível em <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 10 de mar. de 2017.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Alocação de recursos em saúde: quando a realidade e os direitos fundamentais se chocam*. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2009.